

سلطنة عُمان
وزارة التراث القومي والثقافة

كِتَابُ الْإِضْيَافَةِ

تأليف: السلام السلطاني
الشيخ عامر بن علي الشيماني
رَحِمَهُ اللهُ

الجزء الثاني

الطبعة الثانية

١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م

0156552

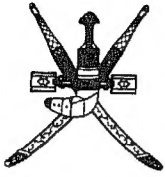


Bibliotheca Alexandrina

اهداءات ١٩٩٨

وزارة التراث القومي والثقافة

سلطنة عمان



سَلْطَنَةُ عُومَانِ
وَزَارَةُ التَّرَاثِ الْقَوْمِي وَالثَّقَافَةِ

كِتَابُ الْإِضْيَافَةِ

تَأَلِيفُ الْعَالِمِ الْعَلَامَةِ

الْشَيْخِ عَامِرِ بْنِ عَلِي الشِّمَاحِيِّ
رَحِمَهُ اللَّهُ

مَعَ حَاشِيَةٍ عَلَيْهِ

تَأَلِيفُ الْإِمَامِ الْعَالِمِ الْعَلَامَةِ الشَّيْخِ
مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو أَبِي سَنَةَ الْقَصْبِيِّ النَّفُوسِيِّ
رَحِمَهُ اللَّهُ

الْجُزْءُ الثَّامِنُ

الطَّبْعَةُ الثَّانِيَّةُ

١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م

100

كتاب الشفعة

باب في الشفعة

والشفعة واجبٌ الحكم بها، لما روي عن الرسول عليه السلام قال : (الجار أحق بصقبه) ^(١)، يعني بشفعته، وفي رواية أخرى، أن النبي ﷺ قال : (أيما رجل له شريك في دار أو ربع، فأراد أن يبيعها، فلا يبيعها

قوله : في الشفعة، قال العلقمي : الشفعة بإسكان الفاء، وحُكي ضمها وهي لغة : الضم على الأشهر؛ من شفعت الشيء ضممته، وهي : ضم نصيب إلى نصيب، ومنه شفع الأذان، وشرعاً : (تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض) انتهى .

قوله : واجب الحكم بها لما روي الخ، لو استدل أيضاً بها ورد عنه ﷺ « أن قاطع الشفعة لا يريح رائحة الجنة » لكان أنص على المراد .

قوله : بصقبه، بفتح المهملة والقاف بعدها، يروى بالصاد والسين ويجوز في القاف الإسكان أيضاً، وهو في الأصل القرب والملاصقة، يقال : صقبت داره بالكسر، أي قريت، قال العلقمي : ويحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار، وإن لم يكن مقاسماً، أي أن الجار أحق بالشفعة من الذي ليس بجار، ومن لم يثبتها للجار تأول الجار على الشريك، فإن الشريك يسمى جاراً، ويحتمل أن يكون أراد أنه أحق بالبر والمعونة وما في معناهما بسبب قرابة من جاره، كما في الحديث الآخر : (أن رجلاً قال : يا رسول الله : إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال : إلى أقربهما منك باباً) (٢)، فإن الحديث ليس فيه ذكر الشفعة، وعن الأصمعي أنه سئل عن معنى هذا الحديث فقال : لأدري، ولكن العرب تزعم أن الصقيب اللزيق الخ .

قوله : يعني بشفعته، فعلى هذا يكون مجازاً مرسلاً من تسمية المسبب باسم السبب، وذلك لأن الصقب معناه القرب، وهو سبب في الشفعة والله أعلم . وأبقاه بعضهم على حاله، أي الجار أحق بسبب قرابه .

(١) رواه احمد والنسائي وابن ماجه .

حتى يعرض على شريكه، فإن أراد فهو أولى^(١)، فإذا صح وجوبها فلنبداً أولاً
في أركانها ثم في أحكامها، فالأركان أربعة : المشفوع فيه، والشافع، والمشفوع
عليه، وصفة أخذ الشفعة.

قوله : حتى يعرض على شريكه فإن أراد فهو أولى، ظاهره أنه إذا لم يرد يكون غيره أولى وأنه
لا يدركها بعد ذلك، ولعله لهذا ذهب أصحابنا المشاركة رحمهم الله، إلى أنه لاشفعة في النداء، ولم
يتعرض لهذا في الإيضاح، ولا غيره مما رأيت، وإنما تعرض في الإيضاح لتسليمها، وذكر أنه إذا
سلمها قبل الشراء أو أذن فيه، فيه قولان، وصدر بأنه لا يدركها، ولعل مسألة ما يبيع بالنداء كذلك
لأن تركه للزيادة يعد إذناً في الشراء، فيجري فيه الخلاف والله أعلم، فليحذر.

(١) رواه مسلم والنسائي وأبو داود.

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي .

باب في معرفة المشفوع فيه

فقد اتفقوا أن الشفعة في الأصول والعقارات من الدور والبيوت والفدادين، والمزارع، والبساتين، والأجباب، والصهاريج، والحمامات، والأنادر، والغيران، وما أشبه ذلك من الأصول، والدليل على هذا ما روي أنه قال عليه السلام : (الشفعة للجار ما لم تقسم وتقع الحدود)،

باب في معرفة المشفوع فيه

قوله : في الأصول، قال في الديوان : والأشجار التي تدرك فيها الشفعة هي التي يحول عليها الحول وهي ثابتة في الأرض، وأما كل ما لا يحول عليه الحول من نبات الأرض، مثل البقول وجميع المزارع على اختلافها فلا شفعة فيها، الخ.

قوله : والأجباب، الظاهر أنه أراد جمع جب، ولم يذكره في الصحاح حيث قال : الجب - البئر التي لم تطو، وجمعها جباب وجببة الخ، والظاهر أن المصنف رحمه الله، أراد بالأجباب، المواجل باصطلاح أهل المغرب، كما يرشد إلى ذلك كلامه في البيوع مراراً، ولتقدم ذكر الآبار.

قوله : والصهاريج، جمع صهريج قال في الصحاح : والصهريج واحد الصهاريج، وهي الحياض يجتمع فيها الماء الحلو، وهي بعرف أهل مصر فُسَّاق يجعلونها تحت الأرض، يملؤها ماء في زمن زيادة النيل على الجمال والحمير.

قوله : والأنادر، في الصحاح : والأنادر البندر بلغة أهل الشام، والجمع : الأنادر، قال الشاعر: دق الديارس عَرَمَ الأنادر الخ، والمراد به المواضع المعددة لدرس الطعام.

قوله : الشفعة للجار ما لم يقسم، هذا الحديث يدل على أن المراد بالجار، الجار الشريك، بدليل قوله : ما لم يقسم وتقع الحدود، وروي في الديوان حديثاً صريحاً في هذا حيث قال : عن النبي ﷺ أنه قال : (لا شفعة إلا لشريك) الخ . (١)

(١) رواه مسلم والنسائي وأبو داود.

فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ، مادام لم يقسم ، وهذا لا يوجد إلا في الأصول ، فكذلك أيضاً ، ما كان مغزراً ثابتاً ملزوماً بالأرض من الحجارة والحديد والمشب ، حكمه حكم الأصول ، أصله البيع لأنه من توابع البيع وفيه الشفعة ، وما سوى الأصول من الحيوان ، والمتاع ، والاطعمة ، فلا شفعة فيها ، وقد قيل : إن الشفعة في الحيوان ، وأكثر القول بأن ليس فيها شفعة ، وفي الأثر : وقيل إن في العبد الشفعة ، وهذا القول يُمال إليه ، لما في ذلك من الضرر الداخِل على الشريك في العبد من جهة العتق وغيره ، مع أن فعل الشريك فيه نافذ ، غير أن ما عليه العمل عند أصحابنا أولى أن يتبع ، لأنهم أعلم منا وأفهم والله أعلم .

والأصل في ذلك ، قوله عليه السلام : (الجار أحق بصقبه) ، وقوله عليه السلام :

قوله : فكأنه قال : الخ ، مراده تأويل الحديث بأنه ، إنما ورد فيما تمكن فيها القسمة من الأصول ويقاس عليها سائر الأصول ، وإن لم تمكن فيها القسمة فلا ينافي قوله : أولاً والآبار والأجباب والصهاريج والحمامات والأنادر ، فإنه صهريج في ثبوتها فيما لا تمكن فيه القسمة ، وإنما المراد من الحديث خروج المنتقلات من الحيوان وغيرها والله أعلم ، على أنه لاجبة إلى القياس ، لأن قوله : (الشفعة للجار ما لم يقسم) ، يصدق على الشريك في الشيء الذي لا تمكن فيه القسمة أنه جار لم يقاسم .

قوله : لأنه من توابع البيع ، المناسب أن يقول : من توابع الأرض ، فإنه إذا باع الأرض بأكملها وكل ما فيها ، تبعها ما كان مغزراً ثابتاً فيها ، فصار حكمه حكم الأصل ، وإن كان قبل ذلك من المنتقلات والله أعلم .

قوله : غير أن ما عليه العمل عند أصحابنا الخ ، لعل المراد أصحابنا المغاربة وأما أصحابنا ، المشاركة رحمه الله ، فالعمل عندهم على وجوبها في الحيوان كالأصول لأجل الضرر ، والله أعلم .

(الشفعة للجار، ما لم يقسم)، فإذا قسمت وضربت الحدود فلا شفعة، وفي الأثر : الشفعة للجار الخليط دون الملاصق، فإذا وقعت الحدود بين الشركاء فلا شفعة، والدليل على هذا القول ما روي من طريق ابن عباس : (لا شفعة إلا لشريك)، وقوله عليه السلام : (الجار للجار ما لم تقسم) وعند بعضهم أن الشفعة مرتبة، فأولى بها الشريك الذي لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم، إذا بقيت الشركة بينهم في الطريق، والمراسي، للدور والبيوت والفدادين، واجتماع الماء في الجسور و السدود، وبالجملية اشتراك المنافع، ثم هي للجار بعد الشريك الملاصق، وعمدة هؤلاء قوله عليه السلام : (الجار أحق بصقبة)، وعند الأولين،

باب في معرفة الشافع

قوله : ما لم تقسم الخ، يعني فيما يمكن فيه ذلك من الأصول كما تقدم. وأما ما لا يمكن فيه ذلك، فلا تفصيل فيه لعدم تأتیه، بل متى بيعت حصة فيه أدركت شفعتها.

قوله : فلا شفعة، أي إلا إن وجد سبب آخر كالمنافع.

قوله : وعند بعضهم أن الشفعة مرتبة الخ، يعني ولا تقصر على الجار الخليط الذي هو الشريك، كما يقول صاحب القول الأول.

قوله : إذا بقيت الشركة، في نسخة، بيئت .

قوله : في الطريق : أي إذا كانت غير جائزة، وكذلك السواقي، قال أبو علي البستاني رحمه الله وفي الساقية إذا كانت غير جائزة وكان فيها ثلاثة أجايل وإلى أربعة المبيوعة، ففيها الشفعة، وإن كانت خمس أجايل فلا شفعة، وكذلك الطريق، إذا كان غير جائز يشفع به، وإن كان خمسة أبواب فهو قائد فلا يشفع به الخ.

قوله : والمراسي، المراد بمرسى الدار، فسحتها التي ينزل بمتاعه مثلاً.

قوله : الملاصق، الظاهر أنه صفة للجار، فالواجب تقديمه لئلا يلزم الفصل بين الصفة وموصوفها بأجنبي، والله أعلم.

أن الجار المخالط دون الملاصق، والذي يوجه النظر عندي أن أصل الشفعة لدفع الضرر، وذلك أن أصل الشفعة على ما ذكره ابن قتيبة : كان الرجل في الجاهلية، إذا أراد بيع منزل أو حائط، أتاه الجار أو الشريك أو صاحب فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله به أولى ممن بَعْدَ سَبْبِهِ فسميت شفعة وسمي طالبها شفيع وجعلها النبي عليه السلام حقاً لقوم دون قوم، من ذوي الأسباب والله أعلم. فعلى هذا المقصود بها دفع الضرر الداخل من الشركة، وهذا المعنى موجود في الجار، ولهذا أوجبها بعضهم للجار لاشتراك المنافع، ولأجل المضرة، وهو المأخوذ به عند أصحابنا، وفي الأثر : الشفعة تجب بوجهين : أحدهما أخذها من الشريك، والآخر من المضرة، ووجوه المضرة التي تجب فيها الشفعة اشتراك الطرق والمراسي للدور والبيوت والفدادين، إذا لم يكن طريق غيرها، واجتماع الماء في الجسور والسدود، وأما البساتين والقصور والأسواق، فليس في شيء منها شفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم، فليس تجب فيه الشفعة بالوجوه التي ذكرنا

قوله : فيما باع، لعل المراد فيما أراد بيعه .

قوله : وهو المأخوذ به، الظاهر أنه لا ينافي ما تقدم، من أنه لاشفعة للجار الملاصق، لأن المراد به فيما تقدم غير الشريك في المنافع ووجوه المضرة، والمراد به هنا ذلك بدليل سوق كلامه والله أعلم. والحاصل أن المأخوذ به عندنا أن الشفعة إنما هي للجار الشريك في الرقاب، وللجار الشريك في المنافع ووجوه المضرات دون الملاصق الذي ليس له ذلك.

قوله : التي تجب فيها، «في» للسببية، على حد أن امرأة دخلت النار في هرة .

قوله : إذا لم يكن طريق غيرها، يحتمل أن المراد إذا لم يكن للشفيع، لأن الشفيع هنا، إنما هي لدفع الضرر، والضرر مدفوع عنه بسلوكه الطريق التي اختص بها عن الشفيع، ويحتمل أن المراد إذا لم يكن للشيء المبيع طريق آخر غير مشترك، فإن الضرر مدفوع أيضاً بأن يمشی المشتري فيها دون المشتركة، ويحتمل أن يكون المراد كلاً منهما، ولذلك أطلق والله أعلم، فليحذر.

من المضرات ، فهذا يدل من قولهم أنهم ضَعَّفُوا الشفعة للجار في هذه المواضع أعني البساتين والقصور والأسواق ، لأن الشفعة إذا كانت تجب للجار لدفع المضرة فالمضرة في هذا الموضع غير زائلة بالشفعة فإذا لم تكن زائلة بطلت الشفعة فيها للشريك ، إذ ليس لهم في هذه المواضع مندوحة عن اشتراك المضرات ، فإذا قال قائل : فهلا أزاحوها عن الشريك أيضاً في هذه المواضع ؟ قيل له : الشريك أقوى وجوباً لها من الجار في هذا لأنه يحتمل ما ذكرنا ، لقوله عليه السلام : (لاشفعة إلا لشريك) وفي الأثر أيضاً : وإذا كان الماء يختلط في سقوف البيوت ، فلا تكون الشفعة بينهم بذلك وكذلك الأنادر لا تكون الشفعة بينهم باختلاط الماء فيهم ، وذلك فيما يوجب به النظر لما كان المقصود بالشفعة دفع الضرر ، والضرر هاهنا في حقهما أو في حق أحدهما بطلت الشفعة لأنها غير دافعة ضرراً ، ألا ترى إلى أن اختلاط الماء على البيوت منفعة لصاحب الماء ، وصاحب البيت ربما يكون له ذلك منفعة ، إذا احتاج إليه بطلت الشفعة ، وربما أن يكون ذلك

قوله : أعني البساتين والقصور والأسواق الخ ، أما القصور والأسواق ، فظاهر ، وأما البساتين فلعل المراد منها ما كان مشتملاً على خمسة أبواب فصاعداً كالطريق والساقية العامتين لعدم زوال الضرر بالشفعة كما ذكره رحمه الله ، والله أعلم .

قوله : منفعة لصاحب الماء ، لعل المراد به من جرت العادة بصرف ذلك الماء إليه ، وليس على أحد من البيوت في ذلك مضرة حتى تدفع بالشفعة والله أعلم .

قوله : وربما أن يكون ذلك عليه مضرة ، يعني فتثبت الشفعة كما يقتضيه كلامه والله أعلم .

قوله : أيضاً ، وربما أن يكون ذلك عليه مضرة ، لعله إنما لم يثبتوا الشفعة بهذه المضرة ، لأنها غير لازمة دائماً ، وسبب الشفعة يجب أن يكون لازماً والله أعلم .

عليه مضرة وفي بعض الآثار : وقيل بالشفعة بطرح الميزاب وماء الأمطار إذا جرى على المنازل ، وكذلك الطريق والساقية إذا جرين على ماله إلا أن يكونا جاريتين فلا شفعة فيهما ، والجذوع على الجدار بين الدارين ، وفي الأثر : وكذلك الفدان والدار ، يعني أن الشفعة تكون باختلاط المياه وقد قيل : بأن لا تكون الشفعة بين الفدان والدار ، باختلاط المياه بينهما ، وهذا الاختلاف يدل منهم أن من التفت إلى منفعة الخلطة في ذلك ، لصاحب الفدان ولصاحب الدار بخروج الماء من داره إذا لم يحتج إليه أبطل الشفعة بينهما ، ومن التفت إلى المضرة اللاحقة لصاحب الفدان ، على قول من جَوَّز لصاحب الدار منع مائه ، وعلى قول من لم يجوِّز له ذلك ، تلحق تلك المضرة بعينها صاحب الدار إذا احتاج إلى ماء داره جعل الشفعة بينهما لثبوت المضرة من كلا الجانبين والله أعلم . وأما اختلاط الماء في الفدادين

قوله : إذا جرى على المنازل ، الظاهر أن المراد بالمنازل البيوت ، لأنه جعله مقابلاً لما سبق ، من أنه لاشفعة في البيوت باختلاط الماء والله أعلم .

قوله : إلا إن يكونا جاريتين ، الظاهر أنه أراد بجريانهما كثرة الشركاء فيهما بأن كانت الخمسة فصاعداً كما تقدم عن أبي علي رحمه الله بالحاشية .

قوله : والجذوع ، هذا معطوف على المستثنى منه ، يعني أنه تقع الشفعة بالجذع إذا جعل على جدار بين دارين ، فكل من له جذع في ذلك الجدار أدرك به الشفعة .

قوله : لصاحب الفدان ، أي يسقي أرضه من ماء الدار .

قوله : جعل الشفعة بينهما ، يعني فيشفع صاحب الفدان الدار ، لأنه ربما تضرر بإمساك صاحب الدار ماءه ، على قول من جَوَّز له ذلك ، ويشفع صاحب الدار - الفدان - لأنه ربما حصل له الضرر ، إذا أراد إمساكه عند من لم يجوز له ذلك ، ويؤخذ من كلامه رحمه الله : أنهم اختلفوا ، هل لصاحب الدار إمساك ماء داره إذا احتاج إليه بعد أن كان يجري لغيره أو ليس له ذلك ؟ والذي ينبغي التفصيل ، وهو أنه إن كملت مدة الحياة في ذلك فليس له إمساكه ، وإن لم تكمل فله ذلك ، والله أعلم .

والأجباب فإن الشفعة تدرك به لاشتراكهما في منفعة الاختلاط جميعاً، فهما شريكان، أو كالشريكين، وكذلك أيضاً بيت في بيت أو غار في غار بينهما الشفعة لاشتراكهما في الطريق والمرسى، وكذلك النخلتان في جدر واحد بينهما الشفعة لاشتراكهما في الجدر والله أعلم. وإن كان فدانان أحدهما فوق الآخر، وكان لصاحب الفوقاني قطعة من الأرض وراء جسره فينبهها الشفعة إذا كان الماء يختلط في الفدان السفلاي، وفي تلك القطعة، لأنها يشتركان جميعاً في ذلك، وتلك القطعة من الفدان الفوقاني، وقد قيل: إن باع السفلاي للفوقاني الشفعة إلا إن باع الفوقاني فلا يدرك السفلاي الشفعة، وهؤلاء عندهم أن الشفعة مقصورة في الشيء الذي كان فيه ما تدرك من سببه الشفعة دون غيره والله أعلم. وإن كان بيت رجل فوق غار رجل، ولم يشتركا طريقاً ولا مرسى فليس بينهما شفعة لأنهما لم يشتركا ما تجب فيه الشفعة،

قوله: بينهما الشفعة الخ، نص في الديوان على أنه أولى بالشفعة من صاحب الأرض، إذا كانت بأرض غيرهما، وذلك - والله أعلم - لقوة المضرة بين النختين واختلاط الثمار وللإشتراك في الجدر.

قوله: قطعة الخ، أي كالحریم الذي يتركونه عندنا للطايبية مثلاً.

قوله: فبينهما الشفعة، أي بسبب تلك القطعة.

قوله: وهؤلاء عندهم أن الشفعة مقصورة الخ، ينظر هنا معناه أن السفلاي لاشفعة له أصلاً، لا في الفدان ولا في القطعة التي وراءه، لأنها من توابع الفدان فحيث بطلت في الفدان، بطلت فيما يتبعه وهو المتبادر من قوله: فلا يدرك السفلاي الشفعة، أو معناه أنه لاشفعة له في الفدان فقط، لأنه لم يشترك معه ما تجب به الشفعة، بخلاف القطعة، فإنه يشفعها لأجل ذلك الاختلاط وهو المتبادر من قوله: مقصورة في الشيء الذي الخ، فعلى هذا يشفع تلك القطعة بالقيمة من ثمن الفدان والله أعلم، فليحرر.

وأما إذا تراكبت البيوت بعضها فوق بعض ففي الأثر: فقد اختلفوا في ذلك فيما بلغنا أبو يحيى الفرستائي، وأبو عيسى الدرفي، وأبو الربيع اللالوتي فقال أحدهم: لصاحب البيت على رب الغرفة الشفعة، ولرب الغرفة على رب البيت الشفعة، وقال الآخر: ليس لواحد منهما على الآخر الشفعة، وقال الثالث: لرب البيت الشفعة على رب الغرفة، وليست لرب الغرفة على رب البيت الشفعة، ولا أقوم الساعة بحفظ قول كل واحد وفرزه، والذي يوجهه النظر أن من أوجب بينهما الشفعة التفت إلى مضرة رب الغرفة برب البيت والشفعة لدفع المضرة، ومن أبطلها التفت إلى عدم المضرة من الجهة الأخرى فغلبها، ومن أثبتها لصاحب البيت على رب الغرفة ولم يوجبها لرب الغرفة على رب البيت أثبتها من وجهه تجب منه وعدم المضرة وأبطلها من وجه تبطل، وفي الأثر: والشفعة في الأشجار جائزة للشريك أو لصاحب الأرض التي هي فيها، وليس لصاحب الشجرة على صاحب الأرض،

قوله: وأما إذا تراكبت الخ، يعني ولم تشترك في الطريق ولا في المرسى كما يؤخذ مما قبله.
قوله: من الجهة الأخرى فغلبها، فيه أن المناسب عند تعارض المنافع والمضار، إنما هو تغليب المضار، لأن درء المفسد مقدم على تحصيل المصالح، فالقول بالشفعة لأجل المضرة أولى، والله أعلم.

قوله: ومن أثبتها لصاحب البيت الخ، هذا التفصيل هو الظاهر كما قالوا في الأرض والشجر، والله أعلم.

قوله: وعدم المضرة، هكذا فيما رأيناه من النسخ، وليس له وجه، ولعله وهو المضرة، ليراجع.
قوله: للشريك أو لصاحب الأرض، لكن الظاهر أن الشريك أولى بها كما يفهم من كلامه فيما تقدم، ونص عليه في الديوان في المشتركين في الجدر، فكيف به في الرقاب، فعلى هذا تكون الشفعة له ولو سبقه صاحب الأرض، والله أعلم.

ولا فرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى في القياس فيما يوجبه النظر، غير أن حق الأشجار في جنب ثبوت الأرض كحق الحيوان في جنب الأشجار والله أعلم. وفي الأثر: قال أبو سفيان : كان أبو عبيده يضعف أمر الشفعة ويقول : لا تحبس على اليتيم حتى يكبر، ولا على غائب حتى يقدم، قال : فابتلي بها رجل من المسلمين فجاء يسأله، فقال له : إذهب إلى أشياخ البصرة واسأل : هل لجابر فيها أثر؟ فجاء إلى منازل محمد فسأل فوجد جابراً كان يراها ويوجبها، فأمره أن يأخذ بقول جابر والله أعلم. وعند أصحابنا : لاشفعة لغائب ولو قدم من يومه ذلك، إلا إن كانت له خليفة فهو كغيره من الناس، وإن استخلف له العشيرة بعد البيع خليفة فلا يدركها كما لا يدركها هو إذا قدم بعد البيع، وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لاشفعة لهم إلا إن كانت لهم خلائف كالغائب سواء لأن العلة بها أزيحت الشفعة عن هؤلاء تعطيل حق واجب إلى غاية لا تدرك.

قوله : ولا فرق الخ، فيه إشارة إلى أن المناسب أن تجرى الأقوال الثلاثة السابقة لوجود المضرة من وجه، فإن صاحب الأرض كصاحب البيت، وصاحب الشجرة كصاحب الغرفة، ولقائل أن يقول : إقتصارهم هنا على القول بالشفعة لصاحب الأرض فقط، يدل على اختيار القول بالتفصيل في المسألة الأولى والله أعلم، فليحرر.

قوله : غير أن حق الأشجار الخ، المراد من هذا تشبيه الأشجار بالحيوان في مضرتهما لغيرهما وعدم مضرة الغير لهما، يعني أن الشجر تضر الأرض ولا تضره، كما أن الحيوان يضر الشجر ولا يضره الشجر، والله أعلم.

قوله : وفي الأثر الخ، المناسب أن يقول مثلاً، مسألة أو نحو ذلك، كما هو ظاهر.

قوله : فابتلي بها رجل من المسلمين، الظاهر - والله أعلم -، أنه كان غائباً.

قوله : لاشفعة لغائب الخ، استثنى أصحابنا المشاركة رحمهم الله، من ذلك الحاج والغازي، إذا لم يتأخرا عن أصحابها فليراجع.

قوله : ولو قدم من يومه ذلك، يعني لتقدم سبب الشفعة على قدمه.

قوله : والأبكم، لعله إذا لم تفهم إشارته.

وفي الأثر : وروي عن الشيخ رضي الله عنه وعنا وعن جميع المسلمين عن أبي محمد وأرسفلاس عن أبيه عن أبي يحيى الفرسطائي ؛ أنه لقي رجلاً في ناحية زويلة فقال له : إن أبا يحيى سليمان بن ماطوس أزاح الشفعة عن الغائب واليتيم ، قال : فقال أبو يحيى الفرسطائي : فقدمت على أبي يحيى سليمان بن ماطوس فأخبرته بذلك فقال لي : قل له ذلك تعطيل الحقوق يا جاهل والله أعلم . وما اشترى الغائب في غيبته أو اشترى عليه من غير خلافة ، فلا تدرك عليه فيه الشفعة كما لا يدركها هو ، إلا إن كان الشفيع مع الغائب المشتري ماله شفעתه في بلدة واحدة فإنه يدرك عليه الشفعة ، وإذا كان في بلدة أخرى فلا يدرك عليه الشفعة لأنه غائب عنه ، وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لا تدرك عليهم الشفعة كما لا يدركونها ، وهذا فيما اشترى عليهم من غير خلافة ، ولو جوزة اليتيم بعد بلوغه والمجنون بعد إفاقته ، والغائب بعد قدومه ، لأنه يبيع وقع عليهم في حال لا تدرك عليهم فيه الشفعة وإن كانت الخليفة فهم كغيرهم من الناس ،

قوله : وفي الأثر : روي عن الشيخ الخ ، هذا الأثر المراد به كلام الشيخ أبي زكريا رحمه الله .

قوله : إنه ، تأكيد لقوله : إن أبا يحيى الخ .

قوله : من غير خلافة ، قيد في كلا منهما ، فهو متنازع فيه ، وأما إذا وقع البيع أو الشراء بالخليفة فإنه يشفع ، لأن الخليفة الحاضرة تقوم مقام الغائب في البيع والشراء ، والله أعلم .

قوله : المشتري ماله شفעתه ، أي المشتري الشيء الذي له شفעתه ، فما مفعول به .

قوله : وهذا فيما اشترى عليهم من غير خلافة ، وكذلك ما اشترى لهم ، وهذا إنما يكون في بيع الفضولي وشرائه ، وأما اليتيم ومن ذكر معه ، فإنه لا يتأتى منهم البيع ولا الشراء لاختلال شرط العاقلين كما هو معلوم .

وإن تبرأ الخليفة من الخلافة قبل أن يأخذ الشفيق شفيعته فله أن يحییها حتى يقدم الغائب أو يبلغ الطفل، أو يفیق المجنون أو تكون لهم خلائف فيدركها عليهم، ولا يدرك على العشيرة أن يستخلفوا لغائبهم أو لیتیمهم أو مجنونهم خليفة يدرك عليه شفيعته لأن ذلك لم يكن صلاحاً لهم حتى يدركها عليهم والله أعلم. وأما إن اشترى رجل من رجل أرضاً وللمشترى شريك غائب ثابتة الشركة بينهما، فإن للشفيق فيه الشفعة لأن شريكه بمقامه كالخليفة من حيث ثبتت بينهما الشركة والله أعلم. والوالد يقوم مقام الولد مادام طفلاً في ماله وما عليه والله أعلم. وقد ذكر عن بعضهم أنه لاشفعة لغائب ولا لیتیم إلا في المشاع، وأما المقسوم، فقيل: لا يدركها به (لعله فيه)، وذلك أن المشاع وقع الاتفاق أن فيه الشفعة والاختلاف في المقسوم، فلذلك ضعفوها فيه فأزاحوها عن الیتیم والغائب فيه، وقال بعضهم: إن الغائب له الشفعة بعد قدومه والیتیم له

قوله: وإن تبرأ الخليفة الخ، يؤخذ منه أنه يجوز للخليفة أن ينزع نفسه من الخلافة، وظاهره ولو كان خليفة من قبل الأب والله أعلم، فراجع.

قوله: فله أن يحییها، معنى الإحياء أن يشهد أنه باقٍ على طلب حقه إلى أن يجد إليه سبيلاً.

قوله: ثابتة الشركة بينهما، أي سواء كانا عقيدين أم لا، كما يدل عليه عموم كلامه، والله أعلم.

قوله: يقوم مقام الولد، يعني من غير استخلاف.

قوله: وقد ذكر عن بعضهم الخ، هذا في الحقيقة مقابل للقول بمنعها مطلقاً، والمراد أنه يدركها بالشركة في الرقاب، ولا يدركها بالشركة في المنافع.

قوله: وقال بعضهم: إن الغائب الخ، الحاصل أن في الغائب ومن ذكره معه ثلاثة أقوال، قول: إنهم ليسوا كغيرهم مطلقاً، وهو المختار، وقول: إنهم كغيرهم مطلقاً، وهو قول جابر رحمه الله، وقول: بالتفصيل بين المشاع والمقسوم.

الشفعة بعد بلوغه ، والمجنون والأبكم بعد إفاقتهم لأنها بمنزلة غيرهم في الحقوق ، أكثر القول بأن ليس لهم شفعة وجوز أيضاً أن تؤخذ الشفعة من يد الذمي بالإسلام كما كانت تدرك بالجوار فهذا إذا كانت تدرك لحق الجار ، وأما إذا كانت تدرك لدفع المصرة فهي تدرك لدفع المصرة ولا يدركها الذمي على المسلم ، لأن المسلم شفيح ولا تدرك شفعة عن شفيح ، وهذا فيما اشتراه المسلم على الموحدين ، فإن قال قائل : رأيت ما اشتراه المسلم من الذمي على المسلم الشفعة لا فيما اشتراه من الموحدين ولا فيما اشتراه من المشركين لقوله عليه السلام : (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه) ^(١) ، وفي الأثر : من كان شريك اليهودي أو النصراني في دار أو أرض فباع اليهودي حصته من تلك الأرض ، كان للمسلم شفעתه سواء باعها لمسلم أو ذمي لأنه شريك ، وإن كان المسلم هو البائع لخصته وباعها اليهودي كان لليهودي الشريك الشفعة لأنه شريك ، والشريك الذمي أولى من الذمي لغير شريكه ، وإن باعها المسلم لم يكن للذمي الشريك الشفعة لأن المسلم شفيح في تلك الأرض ،

قوله : بالإسلام ، يعني وإن لم يكن شريكاً ولا جاراً ، فعلى هذا تكون الشفعة لمن سبق إليها من المسلمين والله أعلم ، وهذا فيما اشتراه من المسلم دون الذمي كما ذكره بعد .

قوله : فهي تدرك لدفع المصرة ، يعني فلا تدرك إلا لدفع المصرة ، ولا يدركها المسلم بالإسلام وحده على هذا والله أعلم ، لكن يلزم عليه أن لا توجد شفعة الإسلام أصلاً ، والله أعلم .

قوله : لأن المسلم شفيح ، يعني لأنه يشفع الذمي بالإسلام ، والشفيح إذا اشترى ما لغيره فيه الشفعة لا يشفع ، وظاهره ولو كان الطالب لها من المشتري سببه أقوى كأن يكون المشتري شريكاً في المنافع والطالب لها منه شريكاً لم يقاسم والله أعلم . ثم ظهر أن الشريك الذي لم يقاسم يشفع الشريك في المنافع ، لأن من اشترك بسببين أقوى ممن اشترك بسبب واحد كما سيأتي ، ولا يصدق عليه قوهم : الشفيح لا يشفع لأن صاحب السبب الضعيف لا شفعة له مع صاحب السبب القوي ، ولو سبق إليها ما لم يتركها مثلاً صاحب السبب القوي ، فيكون معنى قوهم : الشفيح إذا تساوا في السبب ، أو كان المشتري أقوى ، والله أعلم .

(١) رواه أبو داود والدارقطني .

ولا تدرك شفعة على شفيح ، وبالجمله إن المسلم يدرك الشفعة ، شفعة الاسلام ، على المشرك في جميع ما اشتراه من الموحدين مما تكون فيه الشفعة ، وما اشتراه من المشركين فلا يدركها عليه إلا بما يدركها على الموحدين ، ولا يدركها الذمي على المسلم على كل حال ، وفي الأثر: وقال محمد بن محبوب رحمه الله : تؤخذ الشفعة من يد الذمي بالاسلام . وكان موسى بن علي رحمه الله يقول : لاتؤخذ منه إلا بما يتزاع المسلم من المسلم ، وكان موسى أيضاً يرى الشفعة للذمي ، وعلى قول موسى بن علي : إن الناس كلهم في الحق سواء المسلم وغيره ، لكن المسلم أولى بها من المشرك ، ثم هي للمشرك ، وذلك إذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيهان أحدهما : مسلم ، والآخر مشرك ، فالمسلم أحق بها من المشرك ، ثم هي للمشرك من بعده والله أعلم .

قوله : إن المسلم يدرك الشفعة الخ ، قال عمنا يحيى رحمه الله : فكل من طلبها من المسلمين بشفعة الإسلام فهي له ، ما لم يأت عليها ثلاث سنين فتكون منقطعة مثل غيرها من وجوه الشفعة ، وقد قيل بأن شفعة الإسلام لا يقطعها مرور الزمان الخ ، والظاهر الأول لما في هذا من تعطيل الحقوق إلى غير نهاية والله أعلم .

قوله : مما تكون فيه الشفعة ، بأن يكون من الأصول لا من المنتقلات .
قوله : وفي الأثر الخ : قال في المنهاج بعد حكاية الأقوال في المسألة وأوسط الأقوال : إن له الشفعة في المشاع ، ولا تؤخذ منه الشفعة في المشترك إذا كان هو شريكاً في أصل المبيع الخ ، ولعل قوله : إن له الشفعة ، محمول على ما اشتراه مسلم من ذمي ، وأما ما اشتراه من مسلم فلا يدركها بدليل ما تقدم .

قوله : فالمسلم أحق بها ، وذلك لأن المسلم له سببان ، الإسلام والشركة .
قوله : ثم هي للمشرك ، يقتضي أن سبب الشركة أقوى من سبب الإسلام ، فلذلك يأخذها الذمي من المسلم ، وهذا على قول موسى بن علي رحمه الله ، فلا ينافي ما تقدم والله أعلم .

ولا يدرك أيضاً الولد الشفعة على والده فيما اشتراه لحرمة الأب ولقوله عليه السلام : (أنت ومالك لأبيك) ^(١) ، وكذلك ما باعه الوالد أيضاً لا يدرك الولد فيه الشفعة لئلا ينتقض فعل أبيه ، ومنهم من يقول : يدركها فيما باعه أبوه ويدركها جميع القرابة ، بعضهم على بعض ، وخليفة الغائب واليتيم والمجننون والأبكم ، والوصية لا يدركون الشفعة

قوله : ولا يدرك الولد أيضاً الشفعة على والده ، يعني وأما على جدّه ففيه تفصيل . قال عمنا يحيى رحمه الله مصرحاً بما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله : ويدركا جميع القرابة الخ ، مانصه : وقد يدرك الشفعة الأخ عند أخيه والزوج عند زوجته وعند زوجها والولد عند والدته والوالدة عند ولدها والجد عند ولده وولد الولد عند جده ، إذا كان أبوه حياً فيدركها الكبير دون الصغير والله أعلم ، انتهى .

قوله : وكذلك ما باعه الوالد أيضاً الخ ، لم يتعرض رحمه الله لما باعه أحد الزوجين للآخر ، ولا لما باعه الولد لوالده ، وفي كتب أصحابنا المشاركة رحمهم الله : لاشفعة في شيء من ذلك بخلاف ما باع الوالد لولده ففيه خلاف ، قالوا : فإن باعه بالاسترخاص قوم ، وما باعت الأم لولدها ففيه الشفعة عندهم ، فليراجع ما الحكم عند المغاربة ، ثم رأيت عمنا يحيى رحمه الله ، ذكر فيما باعه الولد لوالده قولين مصدراً بالشفعة ، وجزم فيما باع الوالد لولده بالشفعة والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

لما باعوه من هذه الأموال التي في أيديهم لأن الشفيع لا يكون بائعاً وإنما يكون من يجوز أن يكون مشترياً، والرجل الواحد لا يجوز أن يكون بائعاً شافعياً كما لا يكون مشترياً، وكذلك المرتهن والمسلط إذا باعا الرهن الذي في أيديهما والوكيل إذا وكل

قوله : لما باعوه من هذه الأموال ، وأما ما باعوه من أموالهم للغير مما يدرك فيه الشفعة من يلون أمره ، فإن الظاهر أنهم يدركون الشفعة لمن يلون أمره على من اشترى منهم ، كما يؤخذ من كلامه رحمه الله في كتاب البيوع في باب الطوافة ، حيث قال : وكذلك صاحب الشيء إذا أراد أن يشتريه لمن ولي أمره ، فإنه ينادي بزيادته لجواز شرائه له ذلك الشيء الخ ، فعلى هذا يكون مشترياً من جهتين مختلفتين ، فينزل اختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات ، إلا أن ظاهر كلامه ها هنا أولاً وآخرأ يقتضي أنه لاشفعة في هذه الصورة أيضاً ، وأنه لا ينظر إلى اختلاف الجهة ويحجب عما ذكره في باب الطوافة ، بأنه إنها جاز شراؤه متاعه لمن ولي أمره ، لوجود البائع صورة وهو الطواف والله أعلم فليحرر . ثم رأيت في الديوان ما هو صريح في أنه يشفع في هذه الصورة ، أعني فيما باع من ماله ، إذا كان لمن ولي أمره فيه شفعة ، حيث قال بعد كلام على ما اشتراه خليفة اليتيم أو المجنون أو الغائب لنفسه لما لمن ذكر فيه الشفعة ، أنه تدرك عليه لهؤلاء بالخليفة ، وكذلك إن باع ما لواحد من ذكرنا فيه شفعة ، فإنه يدركها له أيضاً . انتهى ، فيوافق ما استخرجته من كلامه رحمه الله ، في باب الطوافة ، وذكر عمنا يحيى رحمه الله في المسألة قولين ، مصدراً بأنه لا شفعة ، حيث قال : وكذلك خليفة الغائب إذا باع أرضه فلا يدرك فيه الشفعة للغائب ، فإن باع أرضاً للغائب فلا يدرك شفعتها لنفسه ، ومنهم من يقول : يدركها ، وكذلك خليفة اليتيم أو المجنون أو الأبكم أو الأعمى الخ

قوله : وكذلك المرتهن والمسلط الخ ، جزم أيضاً في الديوان ، بأنهم يشفعون ما باعوه حيث قال : المرتهن يدرك شفعة ما باع من الرهن ، إذا كان شريكاً للراهن ، وكذلك خليفة الوصية ، وكذلك الوكيل على البيع و الشراء ، يرد جميع ما باعه أو اشتراه بالشفعة ، إذا كان شريكه ، وذكر في الدفتر أنه يرده للراهن إذا باع المرتهن ذلك الرهن ، وكذلك ما باعه خليفة الوصية يرده الورثة بالشفعة ، وذكر عمنا يحيى في المرتهن والمسلط قولين مصدراً بعدم الشفعة ، ثم الظاهر أن العمل على ما في الإيضاح على ما ذكره عمنا أحمد بن سعيد الشياخي رحمه الله في كتاب السير حيث قال عند التعريف بصاحب الإيضاح رحمه الله ومدح مؤلفه ما نصه : وهذا التأليف ما أظن ألف في المذهب مثله جميعاً وتعليلاً واختصاراً غير مثل ، وتطويلاً غير مثل ولا مكرراً وهو اعتماد أهل المغرب في وقتنا خصوصاً (نفوسة) ، وبعده ديوان أبي زكريا يحيى بن الخير ، وبعدها الديوان ، ديوان الأشياخ الخ ، ولكن لصاحب الديوان أن يجيب عن العلة التي ذكرها المصنف رحمه الله ، بأن اختلاف الجهة بمنزلة اختلاف الذات والله أعلم .

قوله : والمسلط ، هو الذي جعل الرهن في يده ولم يكن صاحبه وسلط على بيع الرهن عند الأجل مثلاً .

بيع أرض أو شرائها فلا يدركون هؤلاء الشفعة لما باعوه لأن بيعهم إياه تسليم للشفعة، وكذلك ما اشتراه هؤلاء لمن استخلفوا عليه أو لمن وكلهم لا يدركون شفعته لأن الشفيع إنما يأخذ الشفعة من مشتر ولا يكون رجل واحد مشترياً شافعاً لأن شراءه ذلك تسليم منه للشفعة، وكذلك أيضاً لا يدركون شفعة ما باعوه أو اشتروه من أموال ما استخلفوا عليه لغائب آخر أو يتيم أو مجنون هم عليه خلائف، كما لا يدركون ذلك لأنفسهم، وما باع خليفة الميت على الوصية من أرض الميت بالوصية لا يدرك شفعتها ورثة الميت لأنهم بمنزلة البائع لها، ولو أرادوا أن ينزعوها من يد الخليفة بما أوصى به الميت لكان لهم ذلك، وكذلك أيضاً الراهن فيما باعه المرتهن أو المسلط كما ذكرنا، وكذلك المرتهن فيما باعه المسلط، لا يدرك شفحته لأنه وكيله، ويدرك الموصى له شفعة ما باعه الخليفة، خليفة الميت على الوصية إذا أوصى له الميت بنصيب معروف من ماله أو بأرض معروفة،

قوله : لا يدرك شفعتها ورثة الميت الخ، فيه أنه ذكر أيضاً في باب الطوافة، أن الطواف ينادي بعبطة الورثة، إذا كان الشيء في يد الخليفة وأرادوا الشراء منه، وإذا كان يجوز شراؤهم فلم لا يجوز شفعتهم، فالمناسب حيثئذ إما عدم قبول زيادتهم في الشيء أو جواز الشفعة والله أعلم. لكن لاحظ للنظر مع وجود الأثر، ويمكن الفرق بينهما بما أشار إليه المصنف رحمه الله، وهو أنه إنما قبلت زيادتهم، لأن الخليفة يجوز أن يبيع لهم، وإنما لم تجز شفعتهم لأنهم يعدون مسلمين للشفعة حيث لم يدفعوا الوصية للموصي ويمسكوا الشيء لأنفسهم مع جواز ذلك، وتقدم عن الديوان الجزم بأن الورثة يردون ما باع الخليفة، يعني - والله أعلم - نظراً إلى أنهم شركاء ولم يسلموها بالفعل ولا ينظرون إلى اللازم والله أعلم.

قوله : ويدرك الموصى له شفعة الخ، وذلك لأنه حيثئذ شريك لم يقاسم.

قوله : أو بأرض، المناسب أن يقول أو من أرض ليكون شريكاً أو الباء بمعنى من، والحاصل أنه متى ثبت له الشركة في الأصول أو في منافعها ثبتت الشفعة.

قوله : أو بأرض معروفة، المناسب أن يقول : أو من أرض معروفة، ليكون شريكاً، وأما لو أوصى له بأرض معروفة، فهي له خاصة.

قريباً كان أو أجنبياً، وإذا كان للميت خليفتان على وصيته، وقد استخلف كل واحد منهما شفعة ماباعه الآخر أو اشتراه، إذا كان له شفعته وإن جمعها في الخلافة، فلا يدرك كل واحد منهما شفعة ماباعه الآخر أو اشتراه لأنها بمنزلة رجل واحد، وكذلك الغائب واليتيم والمجنون إذا كان لهم خليفتان كما ذكرنا والله أعلم.

قوله : ما باعه الآخر الخ، يعني وجوز له رفيقه ذلك، وإلا بطل فعله من أصله، لأن تصرف أحدهما دون صاحبه باطل، والله أعلم.

باب في معرفة المشفوع عليه

والمشفوع عليه كل من انتقل إليه الملك بالشرء أو ما يقوم مقام الشرء مثل هبة الثواب أو المبادلة بالقيمة ، وكذلك القضاء في الحقوق لأنه بيع من البيوع . وفي الأثر : سئل الشيوخ رضي الله عنهم عن رجل أصدق لامرأته أرضاً ، هل للشفيح فيه شفعة؟ قال : لا ، قيل له : وإن افتدت المرأة من زوجها بتلك الأرض بعد الفداء؟ قال : نعم ليس في ذلك شفعة ، قال :

باب في معرفة المشفوع عليه

قوله : من انتقل إليه الملك الخ ، يعني أو من يقوم مقامه كالخليفة وقائم المسجد ، وأما الوكيل فإنه لا تدرك عليه ، بل على الموكل كما ذكره في الديوان .

قوله : هبة الثواب ، يعني وهي التي يرجى لها العوض من الموهوب له ، وأما التي لا يرجى فيها ذلك ، فهي مرادفة للصدقة ، ينظر كيف تشفع هبة الثواب ، ولعل المراد إذا عين الثواب وكان دنائير أو دراهم كأن يهب له حصته من المشترك ، ويشترط مثلاً ثواب ذلك دراهم معلومة . قوله : بالقيمة ، قيد في الهبة والمبادلة والله أعلم .

قوله : وكذلك القضاء في الحقوق لأنه بيع ، وذلك لأنهم قالوا : من له على رجل دنائير أو دراهم ، فإنه يتعوض بها من شاء ماعدا الصنف الذي باع له أولاً على الرجوع ، ويشترط في الحق العوض فيه دنائير أو دراهم لتصح فيه الشفعة والبيع ، والله أعلم .

قوله : وفي الأثر ، المراد به كلام الشيخ أبي زكريا ، رحمه الله ، فيكون المراد بالشيخ ، شيخه أبو الربيع سليمان بن أبي هارون التلمشائي رحمه الله لأنه أخذ عنه ، قال في كتاب السير لعننا أحمد الشماخي : غلب عليه الشيخ فصار علماً عليه .

قوله : قال : لا ، وذلك لما في الصداق من مكارم الأخلاق المتنافية للبيع ، فإنه مبني على الماسكة والمضايقة .

قوله : قال : نعم ، أي لاشفعة ، لأن ذلك كله من جراء الصداق .

والهبة أيضاً ليس فيها شفعة، فقيل: أرأيت رجلاً تبادل مع رجل أرضاً بأرض، هل فيها شفعة؟ فقال: إذا لم يجعلها القيمة لكل أرض فلا شفعة، وإن جعلها القيمة ففيهما الشفعة عند كل واحد منهما، قيل له: أرأيت إن قال له: هذه الأرض وهذه الدنانير بهذه الأرض ولم يذكر القيمة، هل في هذه شفعة؟ قال: نعم ذلك قيمة، والنظر يوجب غير ذلك، فهذا يدل من قولهم إن الشفعة في الشراء أو ما يقوم مقام الشراء قياساً عليه، وظاهر الحديث يدل على أن الشفعة في البيع، وهو قوله عليه السلام: (أيما رجل له شريك في دار أو ربع فأراد أن يبيعها فلا يبيعها حتى يعرض على شريكه، فإن أراد فهو أولى)، وفي الأثر: وإذا تزوجت المرأة على شقص في دار، فإن ابن عبد العزيز يقول: لاشفعة لأحد في ذلك،

قوله: والهبة، أي لغير الثواب، بدليل ما تقدم، والهبات التي يتوسلون بها اليوم إلى قطع الشفعة كلها تشفع لأنها هبة ثواب في الحقيقة، والله أعلم.

قوله: إذا لم يجعلها القيمة لكل أرض فلا شفعة فيها الخ، لم يتعرض رحمه الله لما إذا جعلها القيمة لواحد منهما فقط، هل فيها الشفعة أو لا؟ والظاهر الشفعة في التي جعلت القيمة لها دون الأخرى والله أعلم، فليحذر.

قوله: نعم ذلك قيمة، يعني أنها حيث أدخلها الدنانير والدراهم، فقد دلنا ذلك على أنها تبادل بالقيمة والله أعلم.

قوله: والنظر يوجب غير ذلك، هذا آخر كلام الأثر، وإنما أوجب النظر غير ذلك - والله أعلم - لأن الأرض التي دفعت الدنانير لم يجعلوا لها قيمة فدخل الجهل والله أعلم.

قوله: في البيع، من عموه يقول المراد بالبيع في الحديث مطلق المبادلة والله أعلم. قال: في الديوان: والقيلولة والتولية والمبادلة والعطية للثواب بمنزلة البيع انتهى، وقد صرح المصنف بذلك في أول كلامه، فالمعول عليه الشفعة في الجميع والله أعلم.

وكذلك قول الربيع . وكان ابن عباد يقول : للشفيع في ذلك الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه ، وقال ابن عبدالعزيز : وكيف يكون ذلك وليس هذا شراء تكون فيه الشفعة وإنما هذا نكاح ، أرايت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم يأخذ الشفيع منها؟ وبماذا يأخذها ، أبلقيمة أم بالمهر؟ وكذلك المرأة إذا اختلعت بشقص من دار في قولهم ، فهذا يدل من ابن عباد أن الشفعة تجب في كل ما انتقل مما تكون فيه الشفعة بالعوض ، وهذا في معنى البيع عنده ، والقول الأول عليه العمل لأن البيع بدل مال بمال ، وهذا بدل بمعنى والله أعلم . وفي الأثر : وإذا وهب رجل لرجل نصف أرض له ثم باع بعد ذلك النصف الباقي فواراً من الشفعة ، فلا يجوز ذلك للبائع ولا للمشتري ولا للشهود ولا يدركها الشفيع أيضاً بعد الهبة ، وإن قَدَّم البيع وأخَّر الهبة فله الشفعة .

قوله : كم يأخذ الشفيع الخ ، الظاهر أنه على قول ابن عباد ، يأخذ بالقيمة نصف ذلك الشقص التي تستحقه بالعقد ، والنصف الثاني لاتستحقه إلا بالدخول ، فلا يأخذ الشفيع إلا بعده ، ويأخذه بلقيمة والله أعلم ، فليحرر .

قوله : أبلقيمة أم بالمهر ، كأن المراد بالمهر صداق المثل .

قوله : بمعنى ، في نسخة بعناء ، وهو الاستمتاع بها .

قوله : وفي الأثر : وإذا وهب رجل الخ ، هذا كله كلام أبي زكريا رحمه الله إلى الباب ، وفي الديوان : وكل ما فعله البائع للمشتري مما أراد أن يبطل به الشفعة من الهبة والاستغلاء وما أشبه ذلك ، فإن ذلك لا يبطل الشفعة ويردها الشفيع بالقيمة إن شاء ، ومنهم من يقول : لا يحل ذلك للبائع ولا للمشتري فيما بينهما وبين الله ، والشفعة قد بطلت في الهبة ، وأما الاستغلاء فإن أراد الشفيع أن يردها ، فليردها الخ .

وبلغنا أن ربح اللجنة يوجد مسيرة خمس مائة عام ولا يربحها جاهل ولا قاطع شفعة ولا امرأة لغير إذن وليها ولا امرأة تصلي بطهر التفتيش وتدع بدم التفتيش ، ولا من قطع بين والد وولده والزوج وزوجته والعبد وسيده ، فنعوذ بالله من الضلالة بعد الهدى ، ونسأله العصمة من عدو يرانا ولا نراه ، وقال أبو محمد وافي بن عمار عن بعض أشياخنا ، أنه قال : لو أن المشتري وضع رجلاً في الأرض ورجلاً في السماء طلباً لقطع شفعة الشفيع ما قدر على ذلك . ومعنى ذلك - والله أعلم - أن المشتري والبائع إذا احتالا على أن يقطعا شفعة الشفيع بهبة أو غير ذلك من الحيلة ما قدروا على ذلك فيرد ذلك إلى القيمة ويأخذ الشفيع شفعته إذا اطلع أهل العدل على ذلك منهما .

قوله : جاهل ، أي للتوحيد والشرك والفرائض .

قوله : وقال أبو محمد وافي بن عمار الخ : في بعض كتب قومنا نظيره ، قال في شرح الرسالة بعد كلام : وذلك أن الفقيه يحيى بن تمام اشترى حصة من حمام فيه شريك ، وأشهد البائع لابن تمام في الظاهر أنه تصدق به عليه ليقطع شفعة الشريك ، فقام الشريك بشفعته ، فأفتى الفقهاء فيها أن ذلك يقطع الشفعة إذ لا شفعة في الصدقة ، فقال الشفيع للقاضي : لا أرضى إلا بفقهاء الحضرة ، فرفع إليهم السؤال على وجهه ، وبدأ الشيخ أبو عمرو الأشيبلي فوقّع أسفلها ، (هذا من حيل الفجار) ، وأن الشفعة واجبة ، فلما رأى ابن تمام جوابه ، قال : هذا عقاب لا يطار تحت جناحه ، فالحق خير ما قيل ، هات مالي وخذ حمامك ، انتهى .

قوله : إذا اطلع أهل العدل على ذلك منهما ، فلو لم يطلعوا على ذلك واتهموها بعمل الحيلة ، فهل يحلفونها على ذلك؟ والظاهر : نعم ، وهو الذي جرى به العمل بالجزيرة ، لأنه أردع لها والله أعلم .

باب في صفة أخذ الشفعة

وبهاذا يأخذها، وكم يأخذ منها، ومتى يأخذها، ومتى لا يأخذها؟
أما صفة أخذها وبهاذا يأخذها ففي الأثر: وإذا أراد الشفيع أن يأخذ شفيعته فإنه يأتي الشفيع إلى المشتري ومعه أمينان فيقول له: إنك اشتريت أرض فلان ولي شراؤها بالشفعة وقد أخذت شفيعتي وهذا مالك، فيعطيه الثمن الذي اشتراها به، إن عرفه بلا زيادة ولا نقصان، فإن أعطاه أقل من الثمن الذي اشتراها به فقد فاتته الشفعة، فإن أعطاه أكثر من الثمن الذي اشتراها به فقد فاتته أيضاً، وقيل: بأن لاتفوته إذا رمى له أكثر من الثمن الذي اشتراها به والله أعلم. وكذلك أيضاً إن رمى له خلاف ما اشترى به فقد فاتته، وذلك فيما يوجب النظر إذا أراد أن يأخذ الشفعة فمن حق المشتري عليه أن ينقله الثمن من جنس ما

باب في صفة الشفعة

قوله: فإنه يأتي الشفيع إلى المشتري الخ، فعل هذا تفوت الشفعة بما يفعل الناس اليوم من أخذهم الدراهم إلى الشاهد، ويأتون إلى المشتري ويقولون له: قد شفيعنا ما اشتريته في المحل الفلاني، ودراهمك عند الشاهد، فإنه لو سد المشتري يده وطلب الدراهم فلم يدفعها له لفاتته الشفعة، كما يدل عليه كلامه، والله أعلم.

قوله: إن عرفه، سيأتي أنه إن لم يعرفه وعرف جنس ما اشترى به، فإنه يومي له من ذلك الجنس ولو قليلاً حتى يبين المشتري قدر ذلك.

قوله: فمن حق المشتري عليه أن ينقله الثمن الخ، فهذه شروط فلا بد منها على ما يفهم من كلامه رحمه الله.

اشترى به من غير زيادة ولا نقصان، والدليل على ذلك، لو أراد أن يأخذ الشفيع الشفعة بخلاف ما اشترى به المشتري أو ببعضه أو إلى أجل أو بغير ثمن كان ذلك لا يدركه على المشتري فإذا كان لا يدركه عليه كان من حق المشتري عليه ما ذكرنا، فإذا لم ينقده الثمن أو رمى له أقل مما اشترى به أو أكثر أو خلاف ما اشترى به فاتته لترك ما أمر به من حق المشتري، فإذا ترك ما أمر به في ذلك صار تاركاً لشفعة، لأن الشفيع مخير بين أخذ الشفعة وتركها، فهو على أخذها عندهم حتى يتركها أو يدل الدليل على تركها منه، فإن قال قائل: فلم تفوته إذا رمى له أكثر مما اشترى به؛ أليس وقدر ماله ما اشترى به؟ قيل له: تفوته من حيث لم يفرز له ماله، ألا ترى أن المشتري ممنوع عليه حتى يفرز له، وإنما يلزم الشفيع هذا إذا عرف ما اشترى به المشتري من الثمن، ومعرفة ذلك، أما في ظاهر الحكم فللشفيع حجته أن يأتي المشتري بأمينين يخبران الشفيع بالشراء وبالثمن، وأما فيما بينه وبين الله إذا علم ذلك الشفيع انقطعت عنه الشفعة بعد طلب المشتري إليه ذلك إذا أتاه المشتري بالبيان أو لم يأت، وإن أخبره المشتري بذلك وصدقه

قوله : فإذا لم ينقده الخ، قد صرح بمفهوم الشروط الأربعة .

قوله : فللشفيع حجته إلا أن يأتي الخ، فعلى هذا لا تسمع للمشتري دعوى العلم على الشفيع، وأنه فرط، إلا إذا ادعى عليه أنه أخبره بأمينين والله أعلم .

قوله : بعد طلب المشتري، المناسب لما تقدم أن يقول: بدله إذا لم ينقده الثمن أتاه المشتري الخ، اللهم إلا أن يفرق بين ما في الحكم وبين ما فيما بينه وبين الله، بأن يقال: أما في الحكم إذا صح بأمينين فلا بد من النقد، طلب المشتري إليه ذلك أولاً، بدليل ما تقدم؛ وأما فيما بينه وبين الله إذا علم ذلك، فإنه لا تفوته حتى يطلبه المشتري والله أعلم، فليحذر. وإلا لزم التنافي بينه وبين ما تقدم، وإنما قيد أيضاً بالطلب بعد المسألة المذكورة في الأثر لأن فرض المسألة أنه طلب إليه الثمن والله أعلم .

فإن التصديق عند بعضهم حجة ، وفي الأثر: وذكرت أن رجلاً طلب إلى آخر فقال له : اشترت مالك فيه شفعة فادفع لي مالي ، فإذا قال له الشفيع : لا علم لي بها ذكرت ، فله ذلك ، وعلى الآخر البيان لما يدّعيه . وإن صدقه فيما قال وقال له : إذهب بنا إلى السوق ، فله ذلك إذا كان السوق بالقرب منهم ، وأما إذا كان على البعد فلا يجد ذلك فله أن يذهب إلى بيته وإلى المنزل ، إلا إن لقيه في السوق فطلب أن يذهب معه إلى بيته فليس له عليه كذلك ، فهذا يدل من قولهم أن الشفيع لا تأخير له عند نقد الثمن إذا طلب إليه المشتري إلا بعذر ، والعذر إن لم يجد ميزاناً أو مصباحاً إذا طلبها إليه بالليل أو ادعى الجهل فعلى المشتري البيان ، أو ادعى عدم المال معه فله عليه أن يذهب إلى بيته أو المنزل أو السوق إذا كان بالقرب من المنزل أو البيت إلا إن لقيه في السوق أو في بيته فلا عذر له ، والأصل في هذا العذر البين ، فإن قال قائل : رأيت إن وسع عليه المشتري هذا ، أيجوز له أن يأخذ شفعته ويكون الثمن ديناً عليه برضا المشتري ؟ قيل له : أرجو أن يكون ذلك إذا ترك المشتري حقه برضاء منه لأن هذا ليس بشرط في صحة أخذ الشفعة ، أصل ذلك صحة أخذ الشفعة بعد ما ذكرناه من الحقوق بالعذر والله أعلم .

قوله : بالقرب ، حدّه في الديوان بستة أميال .

قوله : لأن هذا ليس بشرط الخ ، فيه نظر مع قوله سابقاً : فإذا لم ينقده الثمن الخ ، فإن ظاهره أن النقد شرط عند العلم بقدر الثمن والقدرة على دفعه ، بأن كان في منزله أو في السوق فيؤول الأمر إلى أنه شرط ، مع العلم والقدرة كإزالة النجاسة بالنظر إلى الصلاة ، فعلى هذا لا يصح استدلال المصنف رحمه الله على عدم الإشتراط بقوله : أصل ذلك صحة أخذ الشفعة الخ ، فإن حالة العذر لا يقاس عليها غيرها ، فإن أهل الأعذار يجوز لهم ما لا يجوز لغيرهم ، فالأولى أن يقول في الاستدلال على الجواز ، بأن نقد الثمن حق للمشتري ، فإن تركه برضاء بطل الشرط في حقه والله أعلم .

وكذلك أيضاً الأمين الواحد يكون على الشفيع حجة إذا صدقه في قول بعضهم ، وفي الأثر: وأما ما ذكرت من أمر مسألة الشفعة ، الجواب فيها : إن كنت أخبرت الشفيع بما اشترى المشتري الذي له شفيعته فرمى له أقل مما اشترى به المشتري فرجع ذلك المشتري ثم بعد ذلك سأله الشفيع : هل صدقه أم لا؟ فقال : إنه صدقك فيما قلت له ، فليس في ذلك عندي شفعة وقد فاتته حين رمى له أقل مما اشترى به ، وأما إن أتى الشفيع إليك فسألك : بكم اشترى المشتري؟ وأخبرت له ثم سألته : هل صدقك فيما قلت له أم لا؟ فقال : إنه صدقك ثم رمى له بعد ذلك أقل مما قلت له ، فليس عندي في ذلك شفعة ، فقد فاتته ، وأما إن جاء الشفيع والمشتري أيضاً إليك فرمى له الشفيع الشفعة ورفع المشتري المال أم لم يرفعه ، ثم بعد ذلك أخبر الشفيع بما اشترى به المشتري ديناً عليه ، وثم أيضاً من يقول : الأمين الواحد لا يكون حجة في أمر الأحكام ، وإن قال له الذي أخبر له : قد صدقتك ، لأن ذلك إنما يلزمه فيما بينه وبين الله فقولك له حين أخبرته :

قوله : وأما إن أتى الشفيع الخ ، المناسب لسياق الكلام ، أن يقول : وكذلك إن أتى الخ ، لأن حكم المسألتين واحد ، وهو فوات الشفعة بسبب قوله : إلى عندك ، صوابه أن يقول مثلاً : إليك ، لأن (عند) من الظروف التي لا تنصرف ، فلا تخرج عن الظرفية إلا إلى الجر بمن ، والله أعلم .
قوله : وأما إن جاء الشفيع والمشتري الخ ، هذا الكلام لم يستفد منه حكم ولعل فيه سقطاً فليراجع .

قوله : الشفعة ، أي ما يشفع به ، وهو الثمن .
قوله : في أمر الأحكام ، يعني لأنه من باب الشهادة ، وأما أمر العبادات ، فإنه يقبل قوله لأنه من باب الرواية .
قوله : وإن قال الخ : (إن) هذه وصلية فلا جواب لها ، والواو قيل : للحال ، وقيل : عاطفة على شيء مقدر ، أي إن لم يصدقه ، وإن صدقه والمعنى أنه لا يكون حجة ولو صدقه .

هو ليس منك بحكم، فإنما هو إخبار منك بما حضرت له، وعلى ذلك القول ليس في ذلك ما تفوته به الشفعة وهو أقرب عندي في الأحكام، وفي الأثر: وفي رجل اشترى ما لرجل فيه شفعة فقال: اشتريت بكذا وكذا، ووافقه البائع على ذلك أو خالفه، فالقول قول الشفيع، وعلى المشتري البينة لما يدعيه، فإن لم تكن له بينة فعليه اليمين أيضاً على ما ادعى، فهذا يدل من قولهم إن البائع والمشتري لا يكونان عليه حجة، وذكر في بعض كتب المتقدمين: ولا تبطل شفعة الشفيع إلا بخبر البائع والمشتري أو الشاهدين إذا فرط بعد خبرهم، وأما من سواهم فلا، فهذا يدل منهم على هذا القول: أن البائع والمشتري حجة عليه، وإذا أراد الشفيع أن يأخذ شفيعته ولم يعلم ما اشترى به المشتري فإنه يطرح له ديناراً أو درهماً لأنها أثمان الأشياء حتى يتبين له الثمن الذي اشترى به، ولعل هذا منهم استحباباً لا وجوباً لأنه يمكن الشراء بغير الدنانير والدراهم مما يكال أو يوزن والله أعلم. وأما إن علم الجنس الذي اشترى به غير أنه لم يفهم مقداره مثل إن اشترى بالدنانير أو الدراهم، ولم يعلم عددها فإنه يجزي أن يعطيه ديناراً واحداً حتى يبين له المشتري عدد ما اشترى به لأنه معذور في هذا كله، وكذلك

قوله: فإن لم تكن له بينة فعليه اليمين، هذا يقتضي، أن القول قوله مع يمينه، وسيأتي له التصريح بذلك، حيث قال: لأن القول قول المشتري في الثمن؟

قوله: فعليه اليمين، أي فعل المشتري اليمين، وأما البائع، فالظاهر أنه ليس بينه وبين الشفيع كلام، فلا يلحق على ما أخبر به من الثمن، ولا على غيره مما يدعيه الشفيع، لأنه لاعلاقة بينهما والله أعلم.

قوله: استحباباً لا وجوباً الخ، يعني فلا يجب عليه أن يعطيه شيئاً حتى يعلم جنس ما اشترى به.

ما يكال أو يوزن إن اشترى به ولم يعلم الشفيع مقداره فإنه يجزيه أن يأتي بشيء من ذلك النوع، وإن كان يسيراً فيعطيه إياه حتى يبين له الحق، وإن علم الشفيع كيل ذلك النوع أو وزنه إلا أنه شيء له مؤونة فإنه يعطيه أيضاً شيئاً من ذلك النوع، وإن كان يسيراً فيعطيه إياه حتى يأتيه بما بقي من الثمن إلى الموضع الذي هو فيه لأنه معذور في هذا كله إن لم يأت منه تعدّ والله أعلم. وكذلك لو أن رجلاً اشترى من رجل عروضاً كثيرة ولها مؤونة فوجد فيها عيباً كان عند المشتري فإنه يأتي بالبائع إلى الحاكم معه شيء من ذلك النوع وإن كان يسيراً، فيخاصمه عليه بجميعه، وإن لم يحضره كله لأن الخصومة إنما وقعت على العيب بينهما، وكذلك المسألة الأولى وقعت الخصومة على الشفعة، فإذا وجب الرد على البائع بالعيب فإرد ذلك الشيء ثم يكون على المشتري بعد ذلك أن يوصل له الباقي إلى الموضع الذي اشترى فيه، لأن المشتري إذا وجب الرد بالعيب فعليه تسليمه إلى موضع أخذه فيه وهو العدل بينهما، وما هلك منه قبل أن يصل إلى البائع، فهو من مال المشتري حتى يصل إلى البائع، وإن وصل إلى البائع بعضه وهلك بعضه فلا يدرك عليه رد الذي وصل إليه حين لم يوصله إليه كله،

قوله : فإذا وجب، هذا راجع للمسألة الثانية.

قوله : أن يوصل له الباقي، ظاهره ولو كان مدلساً وفيه تأمل، لأنه ظالم، والظالم أحق أن يحمل عليه والله أعلم.

قوله : وهلك، يعني بغير ذلك العيب كما هو معلوم.

فيكون ما وصل إلى البائع قد وصل ، وما لم يصل فهو من مال المشتري ، وإن اشترى المشتري بكسر من الدينار نحو نصفه أو ثلثه أو رבעه وما أشبه ذلك من الكسور فإنما على الشفيع الدراهم وهو الذي يجبره به الحاكم ، وفي الأثر : وإن اشترى المشتري بثمان معلوم إلى أجل معلوم فإنه يأتيه الشفيع بذلك الثمن فيريه إياه ثم يقول : أخذت شفعتي وهذا في يدي ، فإذا حضر الأجل أعطيته إياك ثم يرد الثمن ، فإذا بلغ الأجل الذي بينهما فيأتيه ويعطيه إياه وله أن يصرفه في حوائجه إن احتاج إلى ذلك ، ثم يعطيه غيره عند الأجل ثم يدخل الشفيع في الأرض فيأكل منها ويعمرها وليس له أن يأكل منها شيئاً ولا يتتفع منها حتى يأخذ الشفعة من المشتري ، فهذا يدل منهم أن الشفيع يدرك الشفعة ولا يدرك المشتري عليه الثمن إلى الأجل ، إلا إن شاء الشفيع أن ينقده الثمن فهو بالخيار والله أعلم . وإن اشترى المشتري بحيوان أو متاع فيأتيه الشفيع بالعدول فيقومونه على الصفة التي يصفها المشتري لهم ، وإنما يلزم الشفيع أن يأتي بالعدول لأنه

قوله : فيكون ما وصل الخ ، الظاهر أنه بالنصب في جواب النفي ، على حد لا يقتضي عليهم فيموتوا ، والمعنى أنه لا يدرك المشتري على البائع الرد لما بقي حتى يكون ما وصل الخ ، وهذا هو المناسب لما ذكره رحمه الله في كتاب البيوع من أن حجة البائع أن يقول : رد الشيء كما أخذته وإلا فلا شيء لك فليراجع ، والمناسب أن يقول : فلا يكون ، وعبرة عمننا يحبي رحمه الله أصرح في المراد ، حيث قال : بعد ما نقله المصنف ، من أن ما هلك من مال المشتري ما نصه : وإن وصل إليه بعض وقد هلك بعض ، فلا يدرك عليه رد الذي وصل إليه حين لم يوصله إليه كله ، انتهى .

قوله : وليس له أن يأكل الخ ، هذا الحكم عام في ثمار جميع ما يشفع ، فهو إلى الاستئناف أقرب ، والله أعلم .

قوله : أو متاع ، يعني مما ليس منه .

قوله : فيقومونه على الصفة الخ ، لعل هذا إذا لم يكن حاضراً أو كان حاضراً وتغير ، وأما إذا حضر ولم يتغير فإنه لأحاجة إلى الصفة .

مأمور بتسليم الثمن إلى المشتري والتسليم لا يصح إلا بالقيمة ، وما لا يمثل الأمر إلا به فهو مأمور به مثله ، وإنما يقوموه العدول بقيمته يوم الشراء لأن الشفيع إنما يلزمه أن يعطي ما وقعت عليه الصفقة إن كان شيء يصح فيه المثل فمثله ، وإن كان شيء لا يمكن فيه المثل فقيمته يوم وقعت الصفقة لأن الصفقة له وقعت ، وإن اختلفا في الصفة فيقومونه على الصفة التي يصفها لهم المشتري ثم يحلف على الصفة التي وصفها لهم ، لأن القول قول المشتري في الثمن ، وكذلك القول قوله في الصفة ، وإن اشترى المشتري بفاكهة في أوانها نحو الرطب والعنب وما شابه ذلك ، ثم أتى الشفيع في غير أوانها في وقت لم يجد ذلك في أيدي الناس ليقطع عنه الشفعة فإنه إن لم يعطه ذلك في ساعته فقد فاتته الشفعة لأنه ربما يكون التعطيل من قبل الشفيع إلى وقت لم يكن ذلك الشيء في أيدي الناس ، وقد قيل : إنه يقوم عليه ذهباً وفضة فيعطيه إياه في ذلك الوقت ويأخذ شفيعته بقيمة ذلك يوم الشراء والله أعلم . وإن طرح الشفيع للمشتري الثمن الذي اشترى به ثم ذهب عنه جميعاً حتى هلك فهو من مال المشتري لأنه هو الذي ترك ماله لم

قوله : شيء ، لعله شيئاً .

قوله : لأن القول قول المشتري ، يعني فعلية اليمين ، لكن بعد عجزه من البيّنة ، كما يؤخذ مما تقدم في مقدار الثمن .

قوله : وقد قيل إنه يقوم عليه ذهباً الخ ، هذا هو الظاهر ، وأما القول الأول فعليه قطع حقوق الناس بأمر متوهم ، وقد تقدم أنه لا ينقطع حقه في الحكم على المختار إلا بأمينين ، فكيف يقول : لأنه ربما أن يكون كالتعطيل من قبل الشفيع الخ ؟ والله أعلم .

قوله : ذهباً ، منصوب بنزع الخافض .

قوله : وإن طرح الخ ، يعني بعد ما تبين وثبت أنه شفيع ، وأن الواجب على المشتري القبض .

يأخذه حتى هلك ، والشفيع فعل ما يجب من التسليم ، لاتبعة عليه ، فإن قال قائل : أليس الثمن في ذمة الشفيع ، فهلا كان لا يبرئه منه إلا قبض المشتري إياه كسائر الديون ؟ قيل : لما كان لزوم الثمن للشفيع لزوماً مضيقاً لا توسعة فيه عند أخذه الشفعة أشبه الشيء المعين من هذه الجهة ، ويدل على ذلك أنه لو رفعه بعدما طرحه للمشتري لبطل حقه ، فلما كان رفعه يوجب بطلان حقه في الشفعة كالمعين من هذه الجهة فإن قال : فلم يبطل حقه في الشفعة إذا رفعه بعدما طرحه للمشتري ؟ قيل له : لما كان الشفيع خيراً في أخذ الشفعة وفي تركها ولا يحل له أخذها إذا رضي في قلبه بتركها كان رجوعه إلى الثمن الذي طرحه للمشتري بيان منه لما كان في قلبه من الرضا بترك حقه في تلك الشفعة ، وكذلك أيضاً إذا رفعه خليفته فهو مثله في ذلك لأن الخليفة في مقامه فيما له وفيما عليه ، وكذلك إن أمر من يأخذه فهو في ذلك سواء أخذ المأمور أو لم يأخذه ، وأما إن أخذه أحد من الناس بغير أمره فلا تفوته الشفعة بذلك لأنه لم يأمره ، وكذلك ولده أو والده أو عبده فلا يضر رفع هؤلاء ذلك بغير أمره والله أعلم . وفي الأثر : وإن أخذ الشفيع شفيعته بنفسه فله ذلك ، وإن استخلف من يأخذه فله ذلك ، وكذلك إن قطعها — المشتري بنفسه فله ذلك وإن استخلف من يقطعها فله ذلك . وأما المأمور فالله أعلم في الوجهين جميعاً . ويعجبني

قوله : وأما المأمور فالله أعلم ، الفرق بين الخلافة والأمر ، أن الخلافة تحتاج إلى المقبول ، بخلاف الأمر كما ذكره أبو زكرياء ، رحمه الله في كتاب النكاح .

أن يكون في ذلك كله والخليفة سواء ، وقيل غير ذلك والله أعلم . وكذلك أيضاً جائر للشهود أن يذهبوا مع الشفيع ليأخذ شفيعته إذا دعاهم إلى ذلك ، وكذلك المشتري إذا دعاهم أن يصطحبوا معه ليقطع عن الشفيع شفيعته ، إلا أنهم لا يأتونه بغتة أو في حين غفلة ، وذلك لأن كل واحد منهما له فعل ذلك ، وفي الأثر: وللشفيع أيضاً أن يهرب من المشتري ويستتر منه ويخفي عنه نفسه ما استطاع حتى يهيبه له الثمن الذي اشترى به ، وللمشتري أيضاً أن يطرده ويبحث وراءه حتى يلحقه ، وقد بلغنا : يتطاردان على الخيل وليس للمشتري فيما بينه وبين الله أن يستتر من الشفيع أن يعطيه شفيعته فيما بينه وبين الله إن أراد الشفيع ، ولا يدركها في الحكم لأن المشتري لا يجوز له ولا يحل له أن يسعى فيما يقطع حق الشفيع ، وكذلك البائع والشهود لا يحل لهم أن يعينوه على ذلك والله أعلم . وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع بثمن معلوم ثم حط البائع عن المشتري من الثمن الذي يكون بين الناس مثل المسامحة في البيع والشراء فإنه يعطيه الشفيع مثل الذي خرج من يده لأن الصفقة له ، وكذلك أيضاً إن ولاه المشتري لغيره ، وإنما يلزم المولى له ما أعطى المشتري للبائع دون ما اشترى به إذا

قوله : في ذلك كله والخليفة سواء ، ويدل لعدم الفرق بينهما ، مسألة أخذ التمييز بعد طرحه ، حيث جعلوا المأمور بمنزلة الأمر والله أعلم .

قوله : أن يستتر من الشفيع ، يعني بأن يرسل له الأمينين فيخبراه ، ثم يشتر منه نفسه .

قوله : لأن المشتري النخ ، علّة لقوله : فعليه أن يعطيه شفيعته النخ . وقوله : لا يدركها عليه في الحكم ، جملة معترضة بين العلة ومعلولها .

ترك له شيئاً على وجه المساخمة التي تكون بين الناس في البيع والشراء ، وأما ما حط البائع عن المشتري من الثمن على وجه رحم بينهما أو على وجه ثواب أو غير ذلك ما لم يكن على وجه المساخمة بين الناس في البيع والشراء فإن على الشفيع أو المولى له ما وقعت عليه الصفقة ، لأن ذلك ليس من سبب البيع والله أعلم . وعلى الشفيع والمولى له إعطاء الثمن للمشتري دون البائع ، أعطاه المشتري شيئاً أو لم يعطه إياه ، لأن الخصيم في ذلك المشتري دون البائع ، لأن الشفيع لا تجب له الشفعة إلا بعد حصول الملك للمشتري ، وكذلك المولى له فإذا أخذ المشتري عن الشفيع والمولى له قبل أن يعطيه هو البائع ثم أعطى البائع فحط عنه منه شيئاً على وجه المساخمة التي تكون بين الناس في البيع والشراء ، فعلى المشتري أن يعطي ذلك للشفيع أو المولى له ، ولا يجوز له إمساكه لأن التولية والشفعة إنما يكونان على ما كان عليه الشراء والله أعلم . ألا ترى أن المشتري لو اشترى بعشرة دنانير ثم قضى للبائع في تلك الدنانير سلعة ثم أخذ الشفيع شفيعته أن على

قوله : على وجه المساخمة ، يعني قوله ﷺ : (المؤمن سمح إذا باع ، سمح إذا اشترى ، وسمح إذا قضى ، وسمح إذا اقتضى) ، أو كما قال : فإن المراد عند بعضهم ، أن يترك البائع شيئاً من الثمن أو يزيد المشتري شيئاً ، فليراجع كتاب البيوع له ، رحمه الله .

قوله : أو على وجه الثواب ، يعني في مقابلة هدية سبقت عنده مثلاً .

قوله : لأن الخصيم في ذلك المشتري النخ ، فعلى هذا لا ينصب الحاكم الخصومة في ذلك الشيء بين الشفيع والبائع بوجه من الوجوه ، فإن أنكر البيع مثلاً أو اتهمه أنه عمل مع المشتري حيلة في قطع الشفعة أو نحو ذلك ، بل الكلام في ذلك كله مع المشفوع ، والله أعلم .

قوله : الدنانير ، نائب الفاعل للمضمون له .

الشفيع العشرة دنانير التي اشترى بها المشتري دون غيرها إلا إن اتفقا على ذلك جميعاً ، والمشتري يجوز له أن يعطي للبائع في حقه ما اتفقا عليه ، سواء أخذ من الشفيع أو لم يأخذ ، والشفيع لا يلزمه إلا ما وقعت عليه الصفقة لأن الصفقة له ، وقضاء المشتري إياه سلعة بيع ثانٍ لا يلزمه كالضمين إذا أعطى للمضمون له الدنانير عروضاً ، فإنما له على المضمون عليه ما ضمن عليه وهي الدنانير لا غير ، وفي الأثر : وأما إن اشترى رجل من رجل سلعة بعشرة دنانير أو أقل من ذلك ، أو أكثر منه ، فقضى له فيها دابة أو خادماً أو طعاماً أو ما أشبه ذلك ثم ولاها لغيره ، فإنما له على المولى له مثل الذي أخذ البائع من المشتري دون الثمن الأول ، ومنهم من يقول : إنما عليه مثل الثمن الأول دون الذي أخذ منه ، وكذلك إن أقاله البائع فيها أو ردها عليه بعيب كان فيها قبل الشراء فإنما يرد البائع على المشتري مثل ما أخذ منه ، ومنهم من يقول : إنما عليه مثل الذي اشترى به أول مرة ، فهذا الاختلاف يدل منهم أن التولية تتردد بين أن تكون فسخ بيع متقدم أو تكون بيعاً ثانياً ، فإذا كانت فسخ بيع متقدم كان على المولى له مثل الذي أخذ البائع من المشتري كما لو فسخ البيع بين البائع والمشتري ، فإذا كانت بيعاً ثانياً ، كان على المولى مثل الثمن الأول دون الذي أخذ منه ، لأنها بيع مثل البيع الأول ، وكذلك الإقالة والرد بالعيب على هذا المقياس ، يترادفان بين أن يكونا فسخ بيع

قوله : مثل الذي أخذ البائع ، يعني أن كان مثلياً كالحبوب والأدهان وإلا فقيمتها كالحوانات .

قوله : والرد بالعيب ، المختار أن الرد بالعيب إذا كان بحكم الحاكم فهو فسخ بيع ، وإلا فهو بمنزلة بيع ثانٍ ، كما يؤخذ من كلامه فيما تقدم .

متقدم أو بيعاً ثانياً، فإذا كانا فسخ بيع، كان على البائع مثل ما أخذ من المشتري، وإذا كان بيعاً ثانياً، كان على البائع مثل الذي اشترى به أول مرة، فإن قال قائل: فكيف تكون التولية فسخ بيع متقدم، والفسخ إنما يكون بين البائع والمشتري، ولا يكون إلا برضاء منهما جميعاً إذا كان البيع صحيحاً؟ قيل له: نعم إذا كان البيع صحيحاً فلا يكون الفسخ إلا برضاء البائع والمشتري جميعاً، وإن أراد المشتري فسخه وكره البائع لم يلزم البائع ما لم يجب عليه من فسخه، وجاز للمشتري أن يفسخه مع غيره، أصله جواز البيع أن يبيعه لغيره، ولهذا قال الآخرون: التولية بيع الثاني فسخ عقد متقدم لحق أحدهما يكون برضا صاحب الحق دون الآخر وهو الرد بالعيب، أصله البيع الموقوف إلى رضى أحد المتبايعين، والثالث فسخ لا يجوز للمتبايعين إتمامه لنهي النبي ﷺ وهو بيع الغرر رجعنا إلى المسألة الأولى وأما إن خرج في بيعهما انفساخ فإنما عليه أن يرد مثل الذي أخذ منه أو قيمته إن لم يكن فيه المثل، وإن كان الذي أخذ قائماً بعينه فليرده هو بنفسه دون ما سواه، وكذلك إن تزوج رجل بامرأة وأصدق لها مائة دينار فقضى لها فيها سلعة أو دابة أو عروضاً أو ما أشبه ذلك، ثم فادأها بعد ذلك فإنما ترد عليه مثل الذي أخذت منه، إذا ذهب الذي أخذت من يدها، فإن كان قائماً بعينه فليرده عليه بعينه، فإن قال قائل: إذا فسخ نكاح وليس بطلاق على هذا المعنى؟ قيل له: ولو كان الفداء طلاقاً فلا يدرك الزوج على الزوجة في الفداء إلا ما

قوله: ثانياً، أي مماثلاً للبيع الأول.

قوله: مثل الذي أخذ منه الخ، وذلك لأن القضاء الواقع فيه مبني على فاسد، والمبني على الفاسد فاسد.

أخذت منه من أجل أن الزوج لا يحل له أن يأخذ منها فوق ما أصدقها، لقوله عليه السلام (وأما الزيادة فلا)، وذلك في الفداء وحديثه مشهور، وفي الأثر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً بمائة دينار وهي تساوي عشرة دنانير فقال بعض أهل العلم: إن الشفيع بالخيار، إن شاء أخذ الثمن الذي اشترى به المشتري وإن شاء ترك، وليس له ردها إلى القيمة، ويكون إثم ذلك على من فعله، وقال بعضهم: يرد ذلك إلى قيمة أهل العدل فيقومونه بقيمته عند الشراء، فإن شاء الشفيع أخذ وإن شاء ترك، والقول الآخر هو الذي عليه العمل. والذي يلزم الشفيع ما وقعت عليه الصفقة دون غيرها لأن الله جعل الحكم على ما ظهر، وعند الله تبلى السرائر، وأما من رد ذلك إلى قيمة أهل العدل فهو الأعدل عندي بين الشفيع والمشتري، إلا أن حقيقة ذلك لا يعلمها إلا الله.

قوله : والقول الآخر، المراد به الأول.

قوله : والذي يلزم الخ، الظاهر أنه معطوف على قوله: الذي عليه العمل دفع به ما يتوهم أن المراد بالآخر الأخير، مع أنه ليس كذلك كما يدل عليه السياق، والله أعلم.

باب كم يأخذ الشفيق من الشفعة

إعلم أن الشفيق لا يخلو أن يكون واحداً أو في كثرة، والمشفوع عليه لا يخلو أن يكون واحداً أو في كثرة، فإن كان الشفيق واحداً والمشفوع عليه واحداً فالواجب عليه أن يأخذ الكل أو يدع الكل، وإن كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا في ذلك في موضعين، أحدهما: في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم، والثاني: إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً أم لا؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في الملك الذي ورثوه لأنهم أهل أسهم واحد وبعضهم أهل عصة، أما كيفية توزيع المشفوع بينهم فإن بعضهم قال: يقسم المشفوع فيه بينهم على قدر حصصهم، فمن كان نصيبه الثلث أخذ الثلث من المشفوع فيه بثلث الثمن، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع ومن كان نصيبه أكثر من ذلك أخذ على قدر سهمه، وهذا إذا جاءوا إليها جميعاً، وإن تسابقوا فهي لمن وثبها منهم، وإن سلمها بعضهم فهي للباقي، أخذوها جميعاً أو تركوها جميعاً، ولا يدخل الضرر على المشتري في ذلك، وقال بعضهم: إنما تقسم للشركاء على رؤوس الرجال، وليس فيها لصاحب النصيب الأكثر فضل على صاحب النصيب الأقل، وإن تسابقوا إليها فهي لمن سبقها منهم، وإن سلمها أحدهم للمشتري أو تبرأ منها، فلغيره من الشفعاء أخذها جميعاً أو تركها جميعاً،

باب كم يأخذ الشفيق من الشفعة

قوله: أو يدع الكل، أي لأن الشريك ضرر.

ولا يدخلون الضرر على المشتري، فمن الحجة لأصحاب القول الأول: أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بملك متقدم، فوجب أن يقسم على الأصل، أصله سائر الأرباح في شركة الأموال، وعمدة أصحاب القول الثاني: أن الشفعة تجب بنفس الملك، يستوي في ذلك أهل الخطوط المختلفة باستوائهم في الملك، إذ كل واحد منهم يسمى مالكا، ويعضد هذا شفعة الجيران تقسم على رؤوسهم إذا جاءوها جميعاً بلا خوف أعرفه بينهم، وإن تسابقوا إليها لمن سبقها. وأما المسألة الثانية، إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يجب بعضهم بعضاً أو لا؟ وفي الأثر: وقد قال بعض أهل العلم: إن الشركاء المتفرقين إذا اجتمعوا في الميراث، أن الشفعة للشركاء الأقارب دون سائر الشركاء، ثم هي لغيرهم من الشركاء إذا تركها شركاؤهم، وذلك نحو رجل مات وترك ثلاث جدّات وأربع نسوة وخمس بنات، ثم إن إحدى البنات إذا باعت فريضتها فالبنات أحق بشفعتها من الجدات والنسوة، ثم هي للجدات والنسوة إذا تركها البنات، وكذلك إذا باعت إحدى الجدات أو إحدى النسوة، وكذلك الأخوات وغيرهم من الورثة الذين ورثوا نصيباً معروفاً من الميراث، فهم أحق بالشفعة لما باعه أحدهم من نصيبهم دون غيرهم من الشركاء، ثم هي لسائر الشركاء بعدهم إذا تركوها، وأكثر القول بأن الشفعة لمن أوثبها من الشركاء كائناً ما كان، وليس أحد أولى من غيره والله أعلم. وأصحاب القول الأول، جعلوا الشركاء في السهم أولى من غيرهم من الشركاء، لأن الشركة مختلفة الأسباب، أعني بين ذوي السهام، فأصحاب السهم أقرب بعضهم إلى بعض من غيرهم، وأما أصحاب القول الثاني، أخذوا

بعموم قضائه عليه السلام بالشفعة بين الشركاء ، ولم يخص ذوي سهم من غيره ، وهو الصحيح والله أعلم . وكذلك شفعة الجار إذا كانت لأكثر من شفيع واحد وكان بعضهم أقرب من بعض . قال بعضهم : أولاهم بالشفعة أقربهم ، ثم الذي يليه إلى آخرهم ، لأن الجار القريب أولى من الجار البعيد ، وقال آخرون : هم جميعاً سواء في الشفعة ، القاصي منهم والداني ، واسم الجار يشملهم لقوله ﷺ : (الجار أحق بصقبه) ، ومثل هذا ما ذكر في الأثر : وإذا قسم الفدان أربعة نفر أو خمسة أو أكثر من ذلك فباع أحدهم سهمه منهم ، فالذي يليه أحق بشفعته ، ثم الذي يليه ، وإن كان أوسطهم فكل من التزق فهم سواء في شفعته ، وقال بعضهم : هم جميعاً سواء في شفعته ، القاصي منهم والذي يليه أحق بشفعته من غيره ، ثم الذي يليه ، ثم الذي يليه . وقال بعضهم : هم جميعاً سواء في الشفعة من كان يليه منهم ومن لم يله والله أعلم . وإذا كان في الدار بيوتاً كثيرة لأناس شتى وبابها واحد ، فباع أحدهم بيته ، فجميع أصحاب البيوت اللواتي في الدار سواء في الشفعة ، لتساويهم في شركة ما تجب به الشفعة وهو الاشتراك في الطريق ، إلا أن يكون بيتاً يشارك الآخر في المرسى فصاحبه أحق بالشفعة ، لأن من اشترك معه بسبيين أولى ممن اشترك معه بسبب واحد ، وكذلك إذا كان في الدار غيران مثل ذلك ، فإن

قوله : ولم يخص ذوي سهم ، يعني فالقرابة المذكورة إنما تنفع في النسب دون الشفعة ، لأنه حق ثبت لأجل الشركة فلا فرق .

قوله : من غيره ، في نسخة : ذوي سهم .

قوله : أحدهم ، الأولى أحدهما .

قال قائل : فلم فرقوا بين هذه المسألة ومسألة أصحاب المقاسم ؟ قيل له : مسألة أصحاب المقاسم شركتهم في تلك المضرة واحدة ، وإنما تفاوتوا في تلك المضرة بعينها ولم يختلفوا في الشيء الذي تجب به الشفعة ، أعني أن يشتركوا في سببين ، وأما مسألة أصحاب البيوت في الدار فقد اختلفوا ، فمن اشترك معه في مرسى البيت ومرسى الدار أولى ممن اشترك في مرسى الدار لاغير ، كما أن الشريك في البيت أحق بالشفعة من أصحاب السكة والله أعلم . وفي الأثر : سئل الشيخ رضي الله عنه عن الدروب : هل فيها شفعة أم لا ؟ قال : إن في ذلك اختلافاً بين الفقهاء ، فمنهم من يقول : بأن فيه الشفعة ، وقال بعضهم : ليس فيه شفعة ، والدروب هي السكة التي فيها دور كثيرة وهي غير نافذة ؛ فقلت : فعلى مذهب الذين يوجبون فيه الشفعة ، فمن أولاهم بها ؟ قال : هم فيها جميعاً سواء ، وقد قيل : بأنه أحق بشفعتها أدناها باباً إليها ، قلت : فالسكة تكون فيها دور مصطفة ، أو متقابلة ، هل تكون فيها شفعة إن اشتركوا المرسى ؟ قال : نعم ، فما حدّ اشتراك المرسى ؟ قال : إذا لم يكن بين أبوابها أربعة عشر ذراعاً ، فقد اشتركن المرسى إذا كانت متقابلة ، أو سبعة أذرع إذا كانت مصطفة في سطر واحد ، قلت : فالتى معها في السطر التي هي فيه ، والتي تقابلها من السطر الثاني في ذلك سواء ؟ قال : نعم ، ومسألة الدروب مثل مسألة أصحاب المقاسم ، لأن

قوله : فلم فرقوا ، يعني حيث ذكروا قولين هناك ، ولم يذكروا هنا إلا قولاً واحداً ، والله أعلم .

قوله : أن يشتركوا ، في نسخة : يختلفوا .

قوله : السكة ، والسكة الطريق ، والسكة أوسع من الزقاق .

قوله : اشتركن ، في نسخة : اشتركوا .

بعضهم اشترك مع بعض مالم يشترك البعض الآخر في تلك المضرة، وأصحاب الدار شركتهم مساوية والله أعلم. وفي الأثر: وإذا كانت أربعة بيوت أو خمسة متراكبة بعضها فوق بعض لأناس شتى، فباع رب البيت الفوقانية فالذي تحته أحق بشفعته ثم الذي يليه، ثم الذي يليه، إلى السفلائي، وكذلك إذا باع السفلائي فالذي فوقه أحق بشفعته ثم الذي يليه ثم الذي يليه حتى يدرك الفوقاني، فإن باع الأوسط منهم فالذي تحته هو أحق بالشفعة ثم الذي يليه حتى يدرك السفلائي، ثم هي لمن فوقه بعد ذلك ثم الذي يليه ثم الذي يليه حتى يدرك الفوقاني، وهذا إذا لم يشتركوا طريقاً ولا مرسى، وإما إذا اشتركوا الطريق أو المرسى وكانت أبواباً مصطفة متقابلة في موضع واحد بعضها فوق بعض، فهم جميعاً في الشفعة، سواء من باع منهم كائناً ما كان والله أعلم. وفي القياس في هذه المسألة تقتضي غير هذا. وفي الأثر أيضاً: وإذا أخذت قناة أو ترعة من واد ومن شعب ثم قسمت على ثلاثة أقسام أو أربعة ثم قسم كل منها بعد ذلك أيضاً على قسمين أو ثلاثة، فباع السفلائي منهم نصيبه، فالذي قسم معه من الأقسام السفلانية أحق بشفعته، ثم أصحاب الأقسام الذي يلونهم من فوقهم، ثم الذين يلونهم الخ، وإن باع صاحب القسم الأوسط فالذي قسم معه من الأقسام أحق، وإن تفرقوا بعد ذلك فهم جميعاً أحق بشفعته،

قوله: على ثلاثة أقسام أو أربعة، إنما قيد بذلك لتصح فيه الشفعة، وأما أكثر من ذلك فإنه لا شفعة بها كما تقدم في الطرق.

قوله: وإن تفرقوا، (إن) هذه وصلية لاجواب لها.

قوله: أحق بشفعته، يعني إلى آخرهم بدليل ما بعده.

قوله: مصطفة، وذلك بأن تكون في مكان مستو كجنان قسم بين جماعة مشتركة في منفعة تدرك بها الشفعة.

من الذين يلونهم من فوقهم ، ثم الذين يلونهم النخ ، وإن باع صاحب القسم
الفوقاني فهم جميعاً في شفעתه سواء ، سوى ما بيناه من الاختلاف في الأقسام إذا
كانت مصطفة أربعة أو خمسة أو ستة ، فباع القاصي منهم فالذي يليه أحق
بشفعته منهم ، ثم الذي يليه ثم الذي يليه إلى أقصاهم في الناحية الأخرى ، فإن
باع صاحب القسم الأوسط فالذي على يمينه والذي على يساره هما أحق بشفعته
من الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم النخ . ومنهم من يقول :
أصحاب القسم جميعاً في الشفعة سواء ، قرييهم وبعيدهم فيها سواء ، والله
أعلم . والذي يوجبه النظر عندي أن أصل اختلافهم في هذه المسائل من جهة
اختلاف المضرات لاختلاف الأسباب ، فمن تقوّى عنده السبب عمل به ومن لم
يتقوّى عنده جعله كغير شيء ، والله أعلم .

قوله : من الذين يلونهم ، في نسخة ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم .
قوله : وبعيدهم ، أي بان تجول بينهم بعض أقسام الأصل فهو أولى وإن بعد .

فصل

وأما إذا كان المشفوع عليه ثلاثة أو أكثر وأراد الشفيع أن يشفع على أحدهم دون الآخرين ، فله ذلك لأن حقه يأخذ منه ما أراد ولم يدخل في ذلك ضرراً على المشترين لأن الشركة ثابتة بينهم والله أعلم . وإن اشترى رجل من رجل فدادين كثيرة في صفقة واحدة ، فهم في مواضع شتى وللشفيع شفعة أحدهم دون سائرهم فله شفعة ذلك الفدان الذي له شفعته بقيمة العدول بحسب ما ينوبه من ذلك الثمن من بينهم ، أصل ذلك إذا فرقوا في البيع لا يدرك إلا شفعة ما له شفعته ، وكذلك إذا جمعهم ، ومنهم من يقول : له شفعة الجميع في شفعة ذلك الذي له شفعته ، لأن هذه صفقة واحدة ، والقول الأول فيما يوجب النظر أصح ، ألا ترى لو أن مشركاً اشترى أرضاً من مشرك ومسلم في صفقة واحدة ، فإن المسلمين لا يأخذون من المشرك إلا ما ينوب المسلم بشفاعة الإسلام ، ولا يدركون عند المشرك ما ينوب المشرك ولو كانت صفقة واحدة ، وهذه مثلها والله أعلم . وإن اشترى رجلان أرضاً من رجل ولها شفيع وأحد المشترين هو والده ، فله أخذ نصيب المشتري الذي هو ليس بوالده ، ولا يدرك نصيب والده منه كما ذكرنا ، وكذلك إن اشترى رجل من رجلين أرضاً ولها شفيع وأحد البائعين هو والده ، فله أخذ نصيب البائع الذي هو ليس بوالده عند المشتري ، واختلفوا في نصيب والده ، قال بعضهم : يدركه ، وقال بعضهم : بأن لا يدركه عند المشتري ، لثلا ينقض فعل والده والله أعلم .

قوله : ولم يدخل الخ ، الظاهر أن الجملة حالية أراد بها إخراج ما إذا كان المشفوع عليه واحداً .

باب متى يأخذ الشفيع الشفعة؟

ومتى تفوته ولا يأخذها؟

إختلف العلماء في ذلك ، قال بعضهم : الشفعة واجبة للشفيع على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإذا علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت الشفعة ، وفي الأثر : ويشفع عند علمه ، وإن صلى ركعتين نافلة قبل أن يشفع بطلت ، وعمدة أصحاب هذا القول ، أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاط حقه في الشفعة ، وقد ورد في الشرع : السكوت يقاوم الرضا لقوله عليه السلام : (البكر تستأذن وإذنها سكوتها) ^(١) ، وقال آخرون : وقت وجوبها متسع ، وليس هو على الفور ، واختلفوا في هذا الوقت ، هل هو محدود أم لا؟ قال بعضهم : محدود ومدته ثلاثة أيام بعدما علم ، وفي الأثر : وإذا ادعى المشتري أن الشفيع فرط بعدما علم ، فعليه اليمين أنه شفع عند علمه ، وإن كان في بلد غير بلد المشتري ، أشهد وسار من حينه ، أو يوكل إن منعه عذر مرض أو نحوه ،

باب متى يأخذ الشفيع الشفعة؟

قوله : فإذا علم وأمكن الطلب الخ ، وهذا هو مذهب أصحابنا المشاركة ، إلا أنهم يوسعون له في الثمن ثلاثة أيام ، وهذا هو اللائق بحال الناس .
قوله : ومدته ثلاثة أيام ، هذا هو المعمول به في زماننا في الجزيرة .
قوله : بعدما علم ، أي بأمينين فإنه لا تنقطع حجته إلا بهما كما تقدم .
قوله : وإن كان في بلد غير بلد المشتري الخ ، فيه أنه تقدم أن الغائب لاشفعة له ولو قدم من يومه ذلك .

(١) متفق عليه .

وأجله ثلاثة أيام أو مسافة بلده، ويدفع قيمة ما دفع المشتري، وقد ذكر أيضاً في الأثر عن ابن عباد هذا القول، يقول: له الخيار ثلاثة أيام بعد علمه، ويعضد هذا القول قوله عليه السلام في حديث المصرة: (من اشترى شاة فهو بالخيار والنظر ثلاثة أيام) الحديث، وقال بعض: لا تبطل شفعة الشفيع إلى ستين، وقال بعضهم: إلى ثلاث سنين، وقال بعضهم: لا يبطل الحق تقادمه ولا تفوته حتى يقطعها المشتري، فهؤلاء أن السكوت عندهم لا يبطل حق امرئ ما لم يظهر منه ما يدل على إسقاطه، ولا ينسب إلى ساكت قول قائل، والمأخوذ به عند أصحابنا: أن الوقت ثلاث سنين، وهو وقت الإشهاد عندهم في الأحكام، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وسُنِّبَ على هذا إن شاء الله في بابه إذا صرنا إليه، والشفيع على شفيعته عندهم في الثلاث سنين ما لم يقطعها عنه المشتري، أو يسلمها الشفيع عند المشتري، أو يعمل فيها الشفيع عملاً يقوم مقام رضاه بإسقاط حقه فيها، أما تسليم الشفيع شفيعته فإنه يكون على وجهين: أحدهما أن يسلمها للمشتري قبل الشراء، والثاني بعد الشراء، فإذا سلمها قبل الشراء أو أذن للمشتري أن يشتري الأرض التي له شفيعتها، فاشتراها ثم أراد بعد ذلك، فلا يدركها بعدما أذن له بالشراء، لأنه قد سلم له حقاً يكون له. وقد روي عن جابر بن زيد رحمه الله أنه قال: (من ألزم شيئاً لنفسه ألزمناه له)

قوله: أو مسافة بلده، يعني ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام، وفيه أيضاً أنه لاشفعة لغائب، اللهم إلا أن يقال: هذا مبني على القول بجوازها للغائب.

قوله: أما تسليم الشفيع الخ، إنما لم يتعرض في النشر لقطع المشتري لتقدمه.

ومنهم من يقول : له أخذها ولو بعدما أذن له بالشراء ، لأن الشفعة لا تجب إلا بعد الشراء ، وهو قد أذن فيها لا يملك ، وكذلك المريض إن أذن له الورثة أن يوصي بأكثر من ثلث ماله ثم مات على هذا الاختلاف سواء ، والله أعلم . وأما إذا سلمها الشفيع للمشتري بعد الشراء فذلك أيضاً يكون على وجهين ، أحدهما : أن يسلمها ثم يظهر خلاف ما سلمها للمشتري عليه ، والثاني : أن يكون على ما سلمها عليه ، أما الوجه الأول إذا ظهر خلاف ما أسلمها عليه فهو على شفعته لأن المشتري كتبه إياه وغشه ، أصله حديث المصراة ، وغير ذلك من العيوب إذا خرجت في البيع فالمشتري بالخيار ، وفي الأثر : وإذا اشترى الرجل الدار فأظهر أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم أنه أخذها بدون ذلك ، فإن ابن عبد العزيز كان يقول : هو على شفعته لأن ما سلم أكثر من الثمن ، وقال الربيع : لاشفعة له لأنه قد سلم ورضي ، والمأخوذ به أنه على شفعته ، وأما إن قال : اشتريتها بمائة دينار فسلمها إليه فإذا هو قد اشتراها بمائتين أو أقل أو أكثر مما هو أكثر من المائة فليس له أخذها بعد ذلك لأن المشتري إنما ضر نفسه بذلك الخلاف الذي أخبر به أول مرة ، ونظير هذه المسألة رجل وكل رجلاً على شراء سلعة معلومة بعشرة دنانير فاشتراها له بأقل من ذلك . فليس له ردها لأنه جر إليه المنفعة في الخلاف الذي خالفه فيه ، وأما إن اشتراها بأكثر من العشرة

قوله : على هذا الاختلاف ، لم يبين رحمه الله ، ما هو المأخوذ به من هذين القولين ، إلا أن التقديم بالاختيار والله أعلم .

التي سهاها له فله ردها إن شاء ، وكذلك إن وكله على بيع سلعة بعشرة دنانير فباعها بأكثر من ذلك فليس لصاحب السلعة رد البيع حين باع له بأكثر مما سمي له ، فإن باعها بأقل مما سمي له فله ردها إن شاء ، وكذلك أيضاً إن وكله بتزويج امرأة معلومة بصداق معلوم فتزوجها بأقل من ذلك فليس له رد النكاح ، وإن تزوجها بأكثر من ذلك فله رد النكاح إن شاء ، وهذا إذا وكله بشراء سلعة معلومة أو بنكاح امرأة معلومة ، وأما إن لم يسم امرأة معلومة ولا سلعة معروفة فله الرد إذا اشترى بأقل مما سمي له أو أكثر والله أعلم . وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع فأتاه فأخبره أنه اشتراها بمائة دينار حالة فسلمها له ، فإذا هو قد اشتراها بمائة دينار إلى أجل ، فله أخذها حين غره بالأجل ولم يخبره به مالم يتم ذلك الأجل ، فإذا حل الأجل فليس له أخذها ، فإن قال قائل : فالنظر يوجب عندي غير ذلك ، لأنه يمكن أن يكون إنما سلمها الشفيع للمشتري لتعذر الثمن عنده في ذلك الوقت ، وهو الآن حاضر عنده ، قيل له : يمكن هذا إذا كان تمام الأجل مع تمام أخذها ، لأنه حين أخبره المشتري بالشراء ، فلا عذر له في تأخيرها بعد الأجل طرفة عين ، لأن الأجل وقتٌ يمكنه فيه التهيؤ والأخذ ، فإذا بلغ الأجل ولم يأخذ ، بطلت ، فلا عذر له ، أصل ذلك الفرائض لاعتذر له في تأخيرها حتى يخرج الوقت ، لأنه يمكنه الفعل في أوله وفي وسطه وفي آخره ، ولا عذر له بعد الوقت ، وكذلك الشفعة على هذا الأجل هو وقتٌ يجوز فيه للشفيع أخذها ، فإذا خرج فلا يدركها بعد والله أعلم . وإن قال : بمائة دينار إلى أجل معلوم ، فسلمها له فإذا هو قد اشتراها بمائة حالة فليس له أخذها بعد التسليم

الأول ، لأن المشتري إنما ضر نفسه بذلك الخلاف .

وكذلك أيضاً إن أخبره بخلاف ما اشترى به فسلمها له ، فإنه يدركها حين غره المشتري فسلمها له ، إلا إن كان الذي اشترى به قيمته أكثر من الذي غره به وأخبره به ، لأن ذلك الخلاف نفع للشفيع ، وإن قال : اشتريتها جميعاً فسلمها له فإذا هو اشتراها جميعاً ، أو قال : اشتريتها لغيري فسلمها له فإذا هو قد اشتراها لنفسه ، أو قال : اشتريتها لنفسي ، فإذا هو قد اشتراها لغيره ، أو قال : اشتريتها وحدي فإذا هو قد اشتراها مع غيره ، فإنه يدركها في هذه الوجوه كلها ولو بعد التسليم ، لأن التسليم ها هنا إنما على غيره الشراء والله أعلم .

وأما إذا قال : قد اشتريتها بمائة ، فسلمها له فإذا هو قد وهبت له هبة الثواب ، فله أخذها إذا كانت أقل من المائة التي أخبره أو مثلها ، وإن كان قيمة الثواب أكثر من المائة التي أخبره بها ، فليس له أخذها .

وكذلك إن قال له : قد وهبت لي هبة الثواب ، فسلمها له ، فإذا هو قد اشتراها بمائة فله أخذها إذا كانت قيمة الثواب أكثر من المائة ، وإن كان قيمة الثواب أقل من المائة فليس له أخذها والله أعلم .

قوله : إذا كانت أقل ، أي إذا كانت قيمة الثواب أقل .
قوله : أو مثلها ، في كونه يأخذها إذا كانت القيمة مثل المائة ، تأمله ، لأن شفعة المائة قد سلمها والله أعلم .
قوله : وهبت لي هبة الثواب ، يعني وسلم قيمته كما يشعر بذلك بقية كلامه ، يعني فتارة يسمى أكثر من المائة وتارة يسمى أقل من المائة والله أعلم .
قوله : قيمة الثواب ، أي الذي سمى .

فصل

وإن سلم الشفيع للمشتري الشفعة فقد فاتته ولا يدرك الرجوع بعد ذلك ، وكذلك أيضاً إن أتى الشفيع إلى المشتري فسأله أن يبيع له الأرض التي له شفعتها أو يواليها له أو يهبها له ، فأبى عليه المشتري ، ثم أراد أن يأخذ شفعتها فلا يدركها بعد ذلك ، لأن ذلك منه إقرار بإسقاط حقه في الشفعة . وكذلك إن طلب إلى المشتري أن يطعمه من ثمارها فإنه يدرك بعد ذلك ، أطعمه المشتري أو لم يطعمه ، وكذلك إن أشار الشفيع على المشتري في تلك الأرض برأي ، مثل إن قال : افعل فيها كذا وكذا من حرث أو حصاد أو غرس ، أو ما أشبه ذلك ، فهذا كله يقوم مقام التسليم في الشفعة لأنه إقرار منه بجواز فعل المشتري والله أعلم . وأما الأعمال التي تقوم مقام الرضى من الشفيع بإسقاط حقه مثل إن استأجره المشتري فعمل له فيها شيئاً بكراء أو بغير كراء من حرث أو حصاد أو ما أشبه ذلك من العمل ، وكذلك إن استأجر الشفيع عبده للمشتري أو دابته في تلك

قوله : وإن سلم الشفيع الخ ، ظاهره أنه لافرق في التسليم بين أن يكون قبل الشراء أو بعده ، فيدل على اختيار القول المصدر به فيما تقدم - والله أعلم -

قوله : مثل إن استأجره المشتري ، أي بعد علمه بالشراء .

قوله : بغير كراء ، لعل المراد بغير كراء يقبض ، كتعليم قرآن أو صنعة أو نحو ذلك ، وإلا فكيف يتأتى الاستئجار بغير كراء والله أعلم .

قوله : إن استأجر الشفيع ، لعله إن أجر .

الأرض بحرث أو حصاد أو بناء فلا يدرك الشفعة عنده بعد ذلك ، وكذلك إن أسكن الشفيع في مساكن تلك الأرض ببراء أو بعارية من المشتري فإنه لا يدركها عليه بعد ذلك ، وهذا كله يقوم مقام الرضى من الشفيع بإسقاط حقه من الشفعة ، وأما إن غرّه المشتري فأطعمه من ثمار تلك الأرض على غير علم من الشفيع ، فلا تفوته بذلك تلك الشفعة لأن الرضا لا يكون مع الجهل والله أعلم . وكذلك إن أكل الشفيع من ثمار تلك الأرض على باب الادعاء منه بأخذ الشفعة فلا يبطل ذلك شفيعته لأن ذلك منه ليس برضى لإسقاط حقه والله أعلم . وكذلك أيضاً إن اشترى ثلاثة نفر أرضاً من رجل واحد في صفقة واحدة وأحدهم شفيع لتلك الأرض ولو أنها اشتراها غيرهم فلا يدرك هذا الشفيع أخذ أنصبائهم بالشفعة حين اشتراها معهم لأن ذلك منه يقوم مقام الرضى بإسقاط حقه في الشفعة في تلك الأرض ، وكذلك إن باع ثلاثة نفر أرضاً ، واحداً منهم شفيعها ، لو أنه باعها غيرهم فلا يدرك عند المشتري أخذ أنصباء شركائه حين باع معهم في صفقة واحدة ، لأن تلك الصفقة لاتصح إلا برضائه ، فإذا صحّت برضاه فلا شفعة له بعد الرضا بالشراء والله أعلم .

وإذا ترك الشفيع شفيعته ولم يطلبها حتى باع أرضه التي تجب فيها الشفعة ،

قوله : لو أنه باعها غيرهم ، المناسب أيضاً أن يقول : لو أنه لم يبع معهم ، أو لو أنه باعها غيره : أي باع نصيبه ، والله أعلم .

قوله : وإذا ترك الشفيع الخ ، يعني بعد العلم بالشراء كما هو المتبادر من الترك ، وأما إذا باع أرضه من غير علم بالشفعة فالظاهر أنه لا تفوته قولاً واحداً ، لأنه معذور ، والله أعلم .

أو وهبها أو أصدقها، فلا يدركها بعد ذلك، لأن المقصود بالشفعة إزالة الضرر من جهة الشركة، وهذا ليس بشريك، ومنهم من يقول: يدركها وليس في بيعه وهبته ما يبطل شفعته، لأن بيع الأرض غير الشفعة والله أعلم.

وإن كان لرجل فدان وله شفع، فباع منه الربع ثم باع الربع الثاني ثم الثالث ثم الرابع، فللشفيع الربع الأول، ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع، وإن قصد أول مرة إلى الربع الثاني فأخذه بالشفعة فله أخذه، ثم الثالث ثم الرابع، ويفوته الربع الأول، ويكون قصده إلى الربع الثاني مثل التسليم للربع الأول، وكذلك إن قصد إلى الثالث وإلى الرابع، فكل ما قصد إليه بالشفعة فله أخذه وما بعده، ويفوته ما قبله من الأرباع، ويكون له ذلك تسليماً منه حين تركه لغيره.

فإن قال قائل: فكيف يفوته ما قبله من الأرباع ولا يفوته ما بعده؟ قيل له: ما بعده مرتب في أخذ الشفعة كما كان مرتباً في الشراء فلا يفوته، وما قبله كأنه قد تركه حين قصد إلى ما بعده والله أعلم.

ومنهم من يقول: له أخذهم جميعاً، وله أن يبدأ بالأخذ من أيهم شاء، وليس في قصده إلى ربع من الأرباع ما يبطل ما قبله من الأرباع، وليس في ذلك ما يدل على رضاه بإسقاط حقه في الشفعة، والله أعلم.

قوله: فله أخذه، ثم الثالث الخ، الظاهر أنه إنما أدرك شفعة الثاني والثالث والرابع، مع أن تسليمه للأول يصير به المشتري شفيعاً، والشفيع لا يشفع لأن الشفعة سابقة على التسليم، وما عرف التسليم للأول إلا بقصده إلى الثاني، والله أعلم. وكذلك لو صرح له في التسليم بالربع الأول قبل الشفعة لبقية الأرباع، إذا كان البيع فيها سابقاً على التسليم لأن سبب الشفعة، وهو البيع، سابق على التسليم، فيتروك ما شاء ويشفع ما شاء، والله أعلم.

قوله: ومنهم من يقول: له أخذهم، لعله أخذها، وهذا القول هو الظاهر قياساً على ما إذا تعدد المشتري، والله أعلم.

وأما إن باع البائع الربع لرجل من تلك الأرض ثم الثاني لرجل آخر غير الأول ثم الربع الثالث لآخر ثم الربع الرابع لآخر فللشفيع أن يأخذهم كيف شاء ، ويبدأ من أيهم شاء ، لأنه له الأخذ ما لم يقطعها عليه المشتري أو يتركها والله أعلم .

وكذلك أيضاً إن اشترك أربعة نفر أرضاً فباع أحدهم لرجل رابعه ، ثم اشترى من الثاني ربع منها ، ثم من الثالث ثم من الرابع ، فللشفيع أخذ تلك الأرباع كيف شاء ، ويبدأ بأيهم شاء على ما قدّمنا والله أعلم .

وكذلك أيضاً إن اشترى رجل من رجل أرضاً ثم استحق نصفها رجل آخر بعد الشراء ، فإنه لا يدرك النصف الآخر بالشفعة لأنه لم تثبت له الشركة إلا بعد الاستحقاق وهو بعد الشراء ، وهذا في الحكم .

وأما فيما بينه وبين الله فإنه يدركه بالشفعة لتقدم الشركة قبل البيع والله أعلم .

قوله : ثم اشترى ، أي ذلك الرجل .

قوله : فللشفيع ، أي بأن يكون شريكاً في المنافع لأن الأرض هنا ليس له فيها شيء والله أعلم .

قوله : فإنه لا يدرك النصف الآخر الخ ، هذا الكلام يدل على أن المختار في الاستحقاق صحة البيع فيما لم يستحق ، وهذا إذا كان المشتري غير عالم بالشريك ، وأما إذا كان عالماً به فاشترى الجميع ، فإن البيع يكون فاسداً لا اشتغال العقدة قصداً على ما يجوز وما لا يجوز ، وانظر هل يلزم المشتري اليمين إذا ادعى عليه العلم بالشريك قبل البيع فأنكر ذلك ، أولاً؟ والظاهر الأول لعموم قوله ﷺ (البيئة على من ادعى ، واليمين على من أنكر) (١) لأن هذا الشيء يمكن أن يعلمه ، والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

وفي الأثر : وما حدث بين الفدادين والأندر وغيرهم من المعاني التي تجب بها
الشفعة نحو الطريق المرسى والمساقى فلا تجب بجميع ما ذكرنا بحدوثه بعد
البيع ، وكذلك إذا كانت تلك الوجوه قبل البيع ثابتة ثم زالت بعده فلا يبطلها
ذلك بزوالها بعد البيع ، والله أعلم .

باب في احكام الشفعة

وفي الأثر: وإذا مات المشتري فلا يدرك الشفيع الشفعة بعد موته عند ورثته إلا إن أحيائها في حياة المشتري، وإن مات الشفيع قبل إن يأخذ شفيعته من المشتري فلورثته أخذها بعد موته، أحيائها الشفيع في حياته أو لم يحيها، لأن الشفعة تورث وتباع وتوهب في قول الشيخ أبي الربيع رضي الله عنه، وقال أبو محمد وافي بن عمار: إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ شفيعته، فلا يدركها ورثته عند المشتري من بعده إلا إن أحيائها مورثهم في حياته عند المشتري، فعلى قول أبي محمد وافي بن عمار أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذ الشفعة وبين تركها، فهو على أخذها ما لم يدل الدليل على تركها، فإذا مات فهو أدل دليل على تركها لها، لأن الشفعة عنده لا تورث، لأنها حق في مال غير متملكة، إلا إن أحيائها في حياته وأشهد أنه على شفيعته، فإذا مات ولم يأخذها، فورثته بمقامه، وعلى قول الشيخ أبي الربيع، أن ورثة الشفيع بمقامه، لأن الشفعة عنده تورث وتباع وتوهب كسائر الأموال، فإن قال قائل: فأين موضع الشفعة بين الحقوق والأموال، فإن الأموال موروثة بالإجماع لأنها متملكة، والشفعة ما لم يأخذها

باب في أحكام الشفعة

قوله: فلا يدرك الشفيع الخ، هذا ظاهر إذا كان الشفيع عالماً بالشراء، وأما إذا لم يعلم إلا بعد الموت فالظاهر أنه يدركها قياساً على ما إذا لم يعلم بالبيع إلا بعد بيع ثالث أو أكثر، والله أعلم.

الشفيع، فهي غير داخلية في ملكه، وإنما له الحق، فما لم يأخذه فهو غير متملك؟

قيل له: لما كانت الشفعة متعلقة بالمال، والمال موروث بالإجماع، كان الحق المتعلق بالمال مثله عند صاحب هذا القول، كالخيار بين البائع والمشتري في الشيء المبيع، فمن مات منهما فورثته بمقامه من بعده، اشترط الخيار البائع أو المشتري، لأنه حق متعلق بالمال، غير أن الخيار وجود الأجل فيه يدل على بقاء الحق إلى الأجل، ولو مات أحد المتبايعين فكان ذلك كالشرط بينهما بخلاف حق الشفعة، وهو الذي يوجب النظر والله أعلم.

وأما إن مات المشتري قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة، فلا يدركها الشفيع عند ورثته بعد موته، إلا إن أحيها في حياته، لأن الميراث أقوى من الشفعة، فما أكله الرجل في حياته فهو لورثته بالميراث من بعده، إلا إن دلَّ الدليل على إخراجها من الميراث، ولذلك قالوا: لا يدرك الشفيع بعد موت المشتري إلا بالحياة، والله أعلم. وأما رد المبيع إذا مات قبل أن يرده على البائع بالعيب، فلا يدرك ورثته بعده رده على البائع، إلا إن أحيها ذلك مورثهم في حياته، لأن المشتري مخير بين

قوله: وهو الذي يوجب النظر، في نسخة: وهذا الذي الخ، يعني ان قول أبي الربيع هو المختار.

قوله: وأما إن مات المشتري الخ، إنما أعاده مع كونه معلوماً مما تقدم ليذكر عليه.
قوله: لأن المشتري مخير الخ، هذه ظاهره إذا كان عالماً بالغيب قبل الموت، وأما إذا كان غير عالم فالظاهر أن الورثة يدركون الرد كما يرشد إليه قوله: (مخير) لأنه لا تخيير مع الجهل، والله أعلم فليحرر.

أن يرد الشيء المعيب بالعيب ، أو يرضى به ، فله الرد ما لم يدل الدليل على رضاه قبل موته ، فمن الدليل على رضاه موته ، إلا إن أحيا ذلك في حياته ، لأنه انتقل بعد موته بالميراث ، وهو وجه من وجوه الإملاك ، كما أنه لو باعه في حياته لا يدرك رده ، غير أن البيع لا يكون إلا برضا ، والميراث يكون بغير رضا ، ولم يبق إلا أنه انتقل من ملك ، والله أعلم .

وكذلك إن مات البائع قبل أن يرده المشتري عليه بالعيب ، فلا يدرك على ورثته من بعده رده ، إلا إن أحيا ذلك في حياة مورثهم ، لأن هذا الحق لم يتعلق بترك مورثهم فيلزمهم ، ولا يلزم الورثة من الحقوق إلا ما تعلق بهال مورثهم بعد موته .

فإن قال قائل : فهلا كان الرد بالعيب بمنزلة الدين ، لأنه متعلق بالمال كالدين ؟ قيل له : الرد بالعيب لو ترك المشتري حقه فيه لكان جائزاً ، أرضي البائع أو لم يرض ، والدين لا يكون ذلك إلا برضاء المدين ، فهذا فرق بين الحقوق والأموال فاعرفه ، فإنه يكشف لك عن كثير من المسائل ، والله أعلم .

وكذلك أيضاً ما أحدث الرجل من المضرات فمات ، فلا يدرك نزعها على ورثته إلا بالحياة ، وكذلك إن وهب ذلك الشيء الذي حدث فيه المضرة ، أو باعه

قوله : لا يدرك رده ، يعني إذا باعه بعد العلم بالغيب ، وأما إذا لم يعلم وردَّ عليه بذلك العيب فإن يرده إن شاء كما تقدم في البيوع .

قوله : فيلزمهم ، هو بالنصب في جواب النفي .

قوله : فلا يدرك نزعها ، لعل هذا إذا كان عالماً لما تقدم من أن الرضا لا يكون مع الجهل .

أو أصدقته ، فلا يدرك النزوع في ذلك على من انتقل الملك إليه إلا بالحياة ، وكذلك إذا مات الذي حدثت عليه المضرة فلا يدرك نزوعها ورثته بعد إلا بالحياة ، وكذلك إذا باع أو وهب أو أصدق فلا يدرك نزوع من انتقل إليه إلا بالحياة ، وكذلك ما لزم الرجل من الأموال من وجوه التعديات فلا يدرك على ورثة المطلوب إلا بالحياة ، ولا يدركه ورثة الطالب إلا بالحياة ، وأصل هذا فيما يوجبه النظر في هذه المسائل أن الحقوق بخلاف الأموال ، والحقوق صاحبها مخير بين أخذها وتركها ، أعني تجويز الفعل ، فإذا جوزه جاز ولو لم يرض المطلوب قد صدر ذلك منه برضاه ، وإنما تعلق الجواز إلى الطالب ، والله أعلم .

والأموال لا تترك عن المطلوب بها إلا بعقد يوجب إخراج ملك من مالك إلى من انتقل إليه ، وأما إذا مات الطالب في الحقوق كان موته بمنزلة الرضا بترك ذلك ، إلا إن أحياء في حياته ، وإن مات المطلوب بطل الحق على الورثة إلا بالحياة لأنه لا خيار له عند الورثة ، إذ لا فعل لهم في ذلك ، وعلى مذهب الذين يقولون : إن الشفعة تورث وتباع وتوهب إذا باع الشفيع شفيعته لرجلين باع لأحدهما ثلثين وللآخر الثلث أو وهب لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث أو ورث أحدهما الثلثين وللآخر الثلث فهي بينهما على حساب ما ورثوا ، وما اشتروا أو وهب لهم لصاحب الثلثين ، الثلثان ولصاحب الثلث ثلثها ، ولا يكون بينهما على الرؤوس مثل الشفيعين .

وكذلك إن سلمها أحدهما له فلا يدرك الباقي إلا سهمه ، ويكون للمشتري ما سلم له الأول من سهمه ، ولا يكون ذلك مثل الشفيعين إذا سلم أحدهما

للمشتري ، أدركها الآخر جميعاً ، لأن الشفيعين الشفعة بينهما على الرؤوس ،
والمشتريان للشفعة والموهوبان لها والوارثان لها هي بينهما على حسب ما اشتروا أو
وهبوا أو ورثوا ، والله أعلم .

وكذلك أيضاً ، إن اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيعان أو ثلاثة ، فمات
أحدهم فورثه ثلاثة ، فهي لهم كلها ، وإن سبق إليها واحد من ورثة الميت فلا
يدرك فيها إلا ثلثها أو ماينوب به من الميراث .

وإن سبق إليها واحد من الشفيعين الحيين ، فليأخذ كلها ، لأن الشفعة لمن
سبق إليها من الشفعاء ، وإن سبق إليها ورثة الميت وواحد من الشفيعين الحيين ،
فللحي نصفها وللورثة النصف الآخر على قدر ميراثهم ، لأنهم في مقام أبيهم إذا
اجتمعوا ، وإن سبق إليها واحد من الحيين وواحد من ورثة الميت ، ففي الأثر :
وإن باع رجل لرجل أرضاً ولها شفيعان فمات أحدهما وترك بنين ، فسبق إلى شفعته
واحد من ورثة الميت والشفيع الأول فأخذها ، فللشفيع الأول منها ثلاثة أرباع
وللوارث ربعها ، وذلك لأن الشفيع ينزل فيها بالكل من حيث له أخذها بالكل ،
والوراث ينزل بالثلث ، وهو الذي له بالميراث ، فاقسموها بالحصص ، فصار
لصاحب الكل ثلاثة أرباعها ولصاحب الثلث ربعها والله أعلم .

قوله : والموهوبان لها ، كذا فيما رأيناه من النسخ ، والصواب : والموهوب بهما هي .

قوله : أخذها بالكل ، المناسب أخذها كلها .

قوله : لصاحب الكل ثلاثة الخ ، وذلك لأنه بمنزلة مال وثلث ، فلو سبق إليها وارثان وأحد
الحيين لكان للحي ثلاثة أخماس ، وذلك بمنزلة مال وثلثي مال .

وكذلك أيضاً إن باع أو وهب أحد الشفيعين لثلاثة أو أربعة على معنى مسألة ميراث الشفعة ، والله أعلم .

وفي الأثر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً وشفعتها لثلاثة ، فماتوا جميعاً كلهم من قبل أن يأخذوا الشفعة ، وترك كل واحد منهم وارثاً واحداً ، فهي بينهم على الرؤوس جميعاً إذا جاءوها ، وإن تسابقوا إليها ، فهي لمن سبق إليها منهم ، وقيل : إذا تسابقوا فليس لمن سبق إليها منهم إلا الثلث ، وللباقين ثلث الثلث ، والله أعلم .

وفي الأثر: وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع ثم تزوج الشفيع امرأة ، فأصدقها نصف ماله في الأصل ، ثم أخذ شفيعته بعد ذلك ، فلا تدخل المرأة بصداقها ، علمت أو لم تعلم ، وكذلك إن أخذها وسلمها للمشتري ، فليس لها عليه عوض مثلها ، وإن تزوج المشتري بعد الشراء المرأة وأصدقها نصف ماله في الأصل ثم أخذ شفيعته بعد ذلك ، فللمرأة على المشتري عوض مثلها ، إن لم تعلم بذلك ، وإن علمت فليس لها عوض ، إلا إن لم يكن لها صداق غير تلك الأرض فلها عليه عوض ، ومنهم من يقول : بأن ترجع إلى صداق مثلها من النساء ، وأما إن تركها الشفيع ولم يأخذها بشفيعته فهي داخلة ، علمت أو جهلت ، وإن أخذ بعضاً وترك بعضاً فهي داخلة بصداقها فيما ترك ، ولها العوض فيما أخذ مع الجهل دون العلم ، وذلك لأن الشيء الذي تجب فيه الشفعة دخل في ملك المشتري دخولاً موقوفاً إلى أخذ الشفيع الشفعة أو تركها ، ولذلك قالوا : إن زوجة المشتري تدخل فيه بصداقها مع الجهل دون العلم ، لأن جهلها بذلك

غرّر لها بما أصدقها ، ولا تكلف علم الشفيع ، وإن ترك الشفيع شفيعته دخلت فيه ، علمت أو جهلت ، لأن ذلك داخل في ملك المشتري بالبيع لا بترك الشفيع شفيعته من حيث لم يحتج إلى عقد ثان ، وأما زوجة الشفيع فلا تدخل فيه ، لأنه ما لم يأخذه فليس بداخل في ملكه .

فإن قال قائل : فإذا يلزم الشفيع عند أخذ الشفعة عقد ثان حين جعلت أخذه للشفعة دخول ملك ؟ قيل له : أخذه للشفعة دخول في ملكه بفعل متقدم عليه ، فعلى هذا المعنى ، إن حنث الشفيع والمشتري بأموالهما للمساكين ، فعلى المشتري أن يعطي عُشر تلك الأرض من غيرها ، وليس للشفيع فيها عُشر إذا لم يردّها بالشفعة إلا بعد الحنث ، وكذلك إن جعلها المشتري للأجر قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة ، فهي ماضية إذا تركها الشفيع ، وإن أخذها فليجعل المشتري ثمنها في مثل ذلك ، وكذلك جميع أفعال المشتري فيها من البيع والهبة والصدّاق والكراء والرهن ، ماضية إذا تركها الشفيع ، وإن أخذها بطل جميع ما فعل فيها مما ذكرنا ، فإن قال قائل : فلم لزم المشتري أن يجعل ثمنها للأجر ، إذا جعلها للأجر قبل أن يأخذ الشفيع شفيعته ، ثم أخذها بالشفعة ويعطي عُشرها للمساكين من غيرها ، إذا حنث فيها وأخذها الشفيع بالشفعة ، فهلا كان فعله فيها إذا أخذها الشفيع بالشفعة باطلاً ، كالبيع والهبة ؟

قوله : وكذلك جميع أفعال المشتري ، في نسخة : فكذلك فعل المشتري .

قوله : من البيع ، في نسخة : مثل البيع .

قوله : باطلاً ، أي بحيث لا يلزمه شيء وإلا فالفعل باطل إذا أخذها الشفيع .

قوله : والهبة ، ظاهره ولو كانت كله إذا كانت لمعين .

قيل : إنما لزم المشتري ذلك ولو بعد أخذها الشفيع بالشفعة من حيث كان ذلك طاعة ، والطاعة من ألزم لنفسه شيئاً منها لزمه ، والله أعلم .

وإن اشترى رجل أرضاً بعشرة دنانير ، ثم باعها لآخر بعشرين ديناراً ، وباعها الثاني للثالث بثلاثين ديناراً ، فأراد الشفيع أخذ شفيعته فله أخذها من أيهم شاء ، من الأول أو الثاني أو الثالث بالثمن الذي اشتراه به دون غيره ، ولو كانت الأثمان مختلفة ، وإن أخذها من الأول بالعشرة الدنانير التي اشتراها به ، بطل بيعه الثاني بعشرين ديناراً ، ويرد عليه ما أخذ منه ، وكذلك الثاني على الثالث ، وإن أخذها من الثاني بالعشرين التي اشتراها بها من الأول ، كان أخذه من الثاني تجويزاً منه لبيع الأول إياها بعشرة ، وإبطالاً لحقه فيها عند الأول ، وأبطل فعل الثاني للثالث من البيع ، وكذلك إن أخذها من الثالث ، جاز بيع الأول والثاني والله أعلم .

وإن كان في أحدهم أبو الشفيع أو شفيع مثله أو من قطعها عنه ، بما ذكرنا من الوجوه التي يقطع المشتري بها شفعة الشفيع ، فإن الشفيع لا يدركها ، لأن ذلك كله مما تفوته بها ولا يدركها عنه من هو مثله في أخذها ، أصل ذلك لو اشتراها قبله لا يدركها عنده ، والله أعلم .

قوله : من حيث كان ذلك طاعة الخ ، التعليل بهذا يقتضي أنه إذا قصد بهيته وجه الله ، ثم أخذها الشفيع ، أنه يلزم الواهب ما لزم في الأجر ، بل ربما يقال : إنها داخلة في الأجر والله أعلم ، ثم رأيت في كتاب أبي زكريا ما يقتضي شمول هذه الصورة حيث قال : ثم جعلها المشتري للأجر أو لوجه الله ، فعل هذا تحمل الهبة على ما كان للثواب لأنها بمنزلة البيع والله أعلم .

قوله : ولا يدركها عند من هو مثله ، عبارة أبي زكريا رحمه الله : عنده ولا عند من كان قبله ، وهي أصرح من عبارة المصنف وأعم والله أعلم .

وإن اشتراها الأول، ثم وهبها للثاني ثم باعها للثالث، فله أخذها من الأول أو الثالث دون الموهوب له، وإن أخذها من الأول بطل علمه في الهبة فيها، وإن أخذها من الثالث فله أخذها، وكذلك إن كان الموهوب له هو آخرهم، فله أخذها عند الأولين، فلا يدركها عند الموهوب له كما ذكرنا والله أعلم.

وفي الأثر : وإذا اشترى رجل نصف دار أو فدان أو بستان واشترط المشتري الخيار إلى أجل معلوم، ثم باع النصف الباقي من ذلك لرجل آخر غير الأول بيعاً قاطعاً من غير خيار قبل تمام مدة الخيار الأول، ثم رضي البيع الأول الذي اشترط منهما الخيار بعد تمام أجله، فقال بعضهم : إن المشتري للنصف الأول بالخيار منهما له أخذ الشفعة عن الذي اشترى النصف الآخر لأنه سبقه بالشراء، وقال بعضهم : إنما الشفعة لصاحب النصف الآخر على صاحب النصف الأول، لأن شراءه لم يصح إلا بعد تمام الأجل فلا يضر شراءها الأول بالخيار والله أعلم.

وإن وجد المشتري في الأرض التي اشتراها عيياً كان فيها قبل ذلك الشراء فقال له الشفيع : أنا أخذها بالشفعة، ورضي ما فيها من العيب، فله ذلك، فلا يردّها المشتري بالعيب بعدما رضي الشفيع أن يأخذها بعييها لأن الشراء له، وإن لم يعلم الشفيع بالعيب حتى ردها المشتري على البائع فله أخذها ولا يضره رد المشتري إياها بالعيب، لأن الشراء له، ويطلبها عند المشتري لأن رد العيب

قوله : فقال بعضهم الخ، لو قيل : لا يدركها الأول لعدم إبرام العقد، ولا يدركها الثاني لتقدم العقد لكان وجهها وجيهاً عملاً بالعتين والله أعلم.

قوله : ويطلبها عند المشتري الخ، يعني والله أعلم، ويلزم البائع بدفع ذلك للمشتري لأن هذا الرد ليس بشيء لأن أصل الصفقة في الحقيقة للشفيع، والله أعلم.

ليس ببيع ، وإما إن أقال المشتري فيها البائع فللشفيع أخذها بالشفعة ويدركها عند أيهما شاء لأن الإقالة بيع من البيع ، وكذلك التولية والقضاء في الحقوق ويطلبها عند أيهما شاء ، وإن فعل المشتري فيها غير البيع فيطلبها عند المشتري دون الآخر الذي فعل معه المشتري ما لا تدرك فيه الشفعة ، وإن أخذها الشفيع بالشفعة ثم اطلع فيها على عيب كان فيها قبل الشراء فإنه يردها على المشتري دون البائع لأنه هو الذي أخذ المال .

وفي الأثر : وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري فنقده الثمن ، فإن ابن عبدالعزيز يقول : العهدة على المشتري للذي أخذ المال ، وقال ابن عباد : العهدة على البائع لأن الصفقة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيع ، ثم عمل المشتري فيها عملاً كثيراً من بناء أو حرث أو حفر أنهاراً وأجباباً أو آباراً ومغارات أو عنى فيها عناء كثيراً ، ثم أخذ الشفيع شفيعته بعد ذلك فلا يدرك عليه المشتري أجر ما عنى من عمل في قول الشيخ رضي الله عنه .

وقال أبو محمد وإني بن عمار : له أجر عناه لأنه ليس بمتعد ، وعلى قول الشيخ : أنه لا يدرك على الشفيع العناء ، كما لا يدرك عليه الشفيع الغلة ، وهذا في غلة حدثت بعد الشراء وأدركت قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة ، وبالجملية :

قوله : أجر ما عنى من عمل ، أي لأنه في الحقيقة قد تعمد إتلاف ماله لأن أصل الصفقة في الحقيقة للشفيع .

كل غلة لم تدرك عند أخذ الشفيح الشفعة فهي للشفيح لأنها تبع للأرض ، وكل غلة أدركت عند أخذ الشفيح الشفعة فهي للشفيح لأنها تبع للأرض ، وكل غلة أدركت عند أخذ الشفيح الشفعة فهي للمشتري بقيمتها يوم الشراء ، وإن لم تحضر للبيع فهي للمشتري بقيمتها يوم الشراء ، وإن لم تحضر للبيع فهي للمشتري بلا قيمة لأنه غلة ، والخراج بالضمان . وكذلك إن أخذ بتلك الأرض شفعة قبل أن يأخذها الشفيح بالشفعة فإنه يمسكها كما يمسك الغلة ، ولو أخذت الشفيح تلك الأرض التي بها أخذ الشفعة ، والله أعلم .

وإن تغيرت أرض الشفعة في يد المشتري قبل أن يأخذ الشفيح شفيعته فإنه لا يخلو أن يكون تغير نقصان أو تغير زيادة ، فإذا كان تغير نقصان فلا يخلو أن يكون التغير من قبل الناس أو من قبل الله ، فإن كان من قبل الناس مثل إن أفسد فيها أحد شيئاً من أشجارها أو بنيانها أو ما أشبه ذلك ثم أخذ الشفيح الشفعة فإنما على الرجل أن يعطي قيمة ما أفسد للشفيح دون المشتري لأن الشفعة له ، وإن جعله المشتري في حل من ذلك قبل أن يأخذ الشفيح شفيعته فقد أجزأه ذلك ، ويكون على المشتري قيمة ذلك ، يحطه على الشفيح من الثمن ، وكذلك ما أفسد فيها المشتري بنفسه فعليه أن يحط قيمة ذلك على الشفيح من الثمن ، وإن كان النقصان من قبل الله مثل أن حمل السيل شيئاً من أشجارها أو بنيانها أو جسورها ثم أراد الشفيح الشفعة فعليه أن يعطي للمشتري جميع الثمن

قوله : يوم الشراء ، أي حضرة الصفقة .

ولا يحط عنه شيئاً من قيمة ما أفسد الريح أو السيل أو الظلمة ، لأن المشتري ليس عليه من ذلك ضمان ، إن شاء الشفيح أن يأخذ بالثمن الأول وإن شاء ترك ، والله أعلم .

وإن كان التغير من قبل الزيادة فإنها لا تخلو أن تكون تلك الزيادة من تلك الأرض أو من خارج ، فإن كانت من الأرض فهي للشفيح ، وإن كانت من خارج فقد ذكر في الأثر : وإذا اشترى رجل من رجل أرضاً ولها شفيح ثم غرس فيها غروساً أو بنى فيها بناء فهو للشفيح إذا كان النقض والفسائل من تلك الأرض بعينه ، ولا يدرك أيضاً عنه للمشتري ، والذي أدخله فيها من غيرها من النقض والفسائل فليخرجه منها إذا أخذ الشفيح شفيعته ، إلا إن اتفقا عليه وتركه بقيمته ، وأما ما غرس فيها من الغصون والعيود فهو للشفيح ، كان أصله من تلك الأرض أو من غيرها ، إلا أن على الشفيح قيمة الغصون إذا كانت من غير تلك الأرض ، والذي أخرج من النقض والفسائل من تلك الأرض فغرسه في أرضه فعليه رده إلى موضعه وعليه حفظه حتى يستغني ، وماهلك فيه قبل أن يستغني فعلى المشتري قيمة ذلك ، والله أعلم .

فهذا يدل من قولهم أن النقض والفسائل باقية على ملك من هي له ، لأنها معينة ، والغصون تابعة للأرض لأنها مستهلكة وليست بمعينة ، وكذلك أيضاً ما أحدثه المشتري من الزرع في تلك الأرض ثم أخذ الشفيح شفيعته قبل إدراكه فهو

قوله : وليست بمعينة ، كأن المراد بعدم التعين عدم اختصاصها باسم الشجرة مثلاً ، وغير مقصود إليها بنفسها ، كما تشهد بذلك العادة ، والله أعلم .

له ، ويعطي للمشتري بذره الذي حرث في الأرض ، وقد قيل : إنه للمشتري بغير قيمة ، وهو المأخوذ به ، وإنما سهلوا في الزرع لأن الشرع ورد فيه بالتسهيل في مثل هذا ، والله أعلم .

وإن أخذ الشفيح الشفعة بعد إدراكه ، فهو للمشتري بغير قيمة ، لأنها غلة الأرض والغلة بالضمان . وأما ما كان في الأرض من الزرع يوم الشراء فهو للشفيح إلا إن أدرك قبل أن يأخذ الشفيح شفעתه ، فهو للمشتري بقيمته يوم الشراء ، والله أعلم .

قوله : بالشفعة ، يتعلق بقوله : ولو أخذ .

باب في دعاوي الشفيع والمشتري واختلافهما

وإذا اختلف البائع والمشتري على الثمن ، فقال البائع : بعت لك بمائة ، وقال المشتري : لا بل بعت لي بخمسين ، فاختصما على ذلك فأتى على المشتري بيينة مايدّعيه ، ثم أراد الشفيع أخذ الشفعة ، فإنما عليه المائة التي أخذها البائع من المشتري بشهادة العدول ، ولا يؤخذ بقوله للبائع : بعت لي بخمسين ، لأن العدول أولى من قوله .

وقد ذكر في بعض الكتب غير ذلك : أن يؤخذ بإقراره إنما المشتري بخمسين ، والله أعلم .

وإن اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فعلى المشتري البيّنة لأن عليه بيان ذلك ، ويجزيه الخبر ، لأن ذلك منه بيان شيء ثابت باتفاقهما ، ولكن اختلافهما في المقدار وإن لم تكن البيّنة للمشتري فعليه اليمين أيضاً لأنه هو الذي باشر الفعل ، فإذا حلف فإن شاء الشفيع أخذ وإن شاء ترك ، وإن أبى أن يحلف فليأخذه الشفيع بما أقرّ به دون ما ادعاه المشتري . وكذلك إن اختلفا في جنس الثمن مثل إن قال المشتري : اشتريت بالدنانير ، وقال الشفيع : لا بل اشتريت بالدرهم أو بالعروض أو ما أشبه ذلك مما هو غير الدنانير ، فالبيّنة أيضاً على

باب في دعاوي الشفيع والمشتري واختلافهما

قوله : فعليه اليمين ، وذلك لأن اليمين أقوى المتداعيين ، ولا شك أن المشتري أقوى لمباشرته الفعل .

المشتري على ما يدّعيه، وإن لم تكن له بينة فعليه اليمين أيضاً كما ذكرنا، فإذا حلف فإن شاء الشفيع أخذ شفيعته، وإن شاء ترك، وإن اختصما على الشفعة فادعى الشفيع أنه اشترى وأنكر المشتري الشراء فعلى الشفيع البينة ولا يجزيه في ذلك إلا الشهادة بعد إنكار المشتري لأنه انتقال ملك، ويجزيه الخبر قبل الإنكار، وإن لم تكن للشفيع بيّنة فعلى المشتري اليمين بأنه لم يشتر، ولا يحلفه الحاكم حتى يرسل الأمناء فيرون تلك الأرض التي يحلف عليها لأن ذلك يمين قاطعة.

وإن حلف المشتري على ما ذكرنا ثم أتاه الشفيع أو شفيع غيره على ذلك مرة أخرى، فليس لهما إليه سبيل بعدما حلف على الشراء إلا أن يدّعوا عليه أنه اشترى بعد اليمين، وإن أنكر البائع والمشتري جميعاً فليس للشفيع إلى ذلك منه سبيل لأن ذلك منه دعوى لغيره، والله أعلم.

وإن أراد الشفيع أخذ الشفعة على المشتري فقال له المشتري: إنك جوزت إلي الشراء أو قطعت عنك الشفعة بعد الشراء أو أطعمك من ثمارها أو استأجرتك فيها لعمل كذا وكذا وما أشبه ذلك من الوجوه التي تقطع بها الشفعة، فعلى المشتري البينة في ذلك كله، ويجزيه الخبر دون الشهادة لأن ذلك ليس بانتقال ملك، وإنما هو دعوى في إبطال حق، فإن لم تكن له بينة فعلى الشفيع اليمين على ما يدّعيه المشتري قبله، وكذلك أيضاً إن أخذ الشفيع شفيعته على المشتري، ثم أنكره بعد ذلك، فقال: ما أخذت شيئاً، فعلى الشفيع البيّنة بأنه قد أخذها

عنه ، ويجزيه في ذلك الخبر دون الشهادة ، لأنه ليس بانتقال ملك كما ذكرنا ، وإن لم تكن له بينة فعلى المشتري اليمين .

وفي الأثر : وأما إن أخذ الشفيح الشفعة عن المشتري ثم عارضه البائع في تلك الأرض ، وأنكر البيع ، فعلى الشفيح البينة بأن المشتري قد اشترى عنه ، وأنه قد أخذ بالشفعة على المشتري ، ثم يأتي بالشهود فيخبرون بالشراء ، ويخبرون بالخبر عن الشفعة ، وهذا إذا كان الشهود الذين حضروا لشرائهم الذين حضروا الشفعة ، وأما إن كان الشهود الذين حضروا الشفعة غير شهود الشراء فلا يشهدون له على البائع ، فإن لم تكن له بينة فعلى البائع اليمين ، وإن أتى بالبينة على ما ذكرنا وحكم له الحاكم بالأرض ثم عارضه فيها المشتري وأنكر أن يكون الشفيح أخذها عنه بالشفعة فلا ينصت إليه الحاكم في قوله ، ولا يرفعه له منها ، وكذلك البيع والهبة والصداق على هذا الحال والله أعلم .

قوله : فيخبرونه بالشراء ، يعني على جهة الشهادة لأنه انتقال ملك ، ويدل له أيضاً قوله : ويخبرون بالخبر .

كتاب الهبة

باب في الهبة

والهبة جائزة، لقوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه) ولهذا قالوا: من وهب هبة بطيبة نفس كان للموهوب أخذها، فهذا يدل على أن الهبة لا تحل إلا بطيبة نفس وقد أحال جوازها عليه السلام إلى طيبة النفس، فمتى لم تطب نفسُ بها فهي غير جائزة، ولا يغني عنها اللفظ، لكن ذلك إنما يعرف بالدلائل والقرائن، ثم إن الهبة الجارية بين الناس لا تخلو من هذين الوجهين، إما أن تكون عن طيبة نفس، وإما أن تكون عن غير طيبة نفس، فإذا كانت عن طيبة نفس فإنها تنقسم قسمين: جائزة، ومختلف فيها، والجائزة أيضاً لا تخلو من وجهين: وجه يقصد بها الثواب، ووجه لا يذكر بها الثواب، والذي يذكر بها الثواب ينقسم أيضاً قسمين: قسم يقصد بها وجه الله، وقسم يقصد بها وجه المخلوق.

أما الهبة التي لغير الثواب فهي التي لم يتبين سبيلها فلا خلاف في جوازها. وإنما اختلفوا في أحكامها، وذلك أن بعضهم قال: الهبة لا تصح إلا بالقبول والقبض، والحجة في ذلك لهم (أن أبا بكر رضي الله عنه وهب لعائشة رضي الله عنها نخلًا كان في المدينة، فلما حضرته الوفاة جعله ميراثًا، فتكلمت فيه عائشة، فقال لها أبوها: يا بنية إنك لم تقبضيه وإنه الآن للورثة). وقال بعض: تجوز

الهبة بلا قبض ولا قبول، وقال بعضٌ : تجوز بالقبول وإن لم تقبض ، فمن اشترط فيها القبول والقبض فهي عنده لاتصح إلا بهما ، ولا تجوز عنده هبة المشاع ولا هبة ما كان في الذمة لعدم صحة القبض ، إلا أن يكون وهب سهمه في المشترك لشريكه فلا بأس لوجود القبض في المشترك ، وكذلك الدين للمديون فلا بأس ، فمن اشترط فيها القبول دون القبض ، فهي عنده تصح بالقبول ، وإن لم يكن القبض كالبيع ، وتجوز هبة المشاع كما يجوز بيعه ، وهو المأخوذ به عندنا ، وهو قول علي وابن مسعود فيما ذكر في الأثر ، إلا أن يكون والد الولده فلا تجوز هناك إلا بالقبض ، لحديث أبي بكر المتقدم ، لأنها عندهم مخصوصة في الولد ، والدليل عليه ماروي أنه قال عليه السلام : (لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها ، إلا الوالد لولده) ^(١) ، فهذا يدل أن الهبة تصح بالقبول دون القبض كالبيع ، وكل شيء يجوز بيعه تجوز هبته ، والله أعلم .

وإن علقت الهبة إلى غائب أو طفل أو مجنون ، فهي معلقة إلى قبوله ، أعني الوقت الذي يصح فيه القبول ، من بلوغ أو إفاقة المجنون .

وفي الأثر : وقال في عطية الأب لابنه الطفل ، أنه لاتجوز إلا إن استخلف له خليفة فقبل عليه وإلا فهي معلقة إلى بلوغه ، وإذا بلغ فإن قبلها لزمته ، وإن دفعها فلا تلزمه .

(١) رواه البيهقي والدارقطني .

وأما إن كانت من غير الأب، ففي ذلك اختلاف، منهم من يقول: هو بالخيار، إن شاء قبلها وإن شاء ردّها، ومنهم من يقول: ليس الأب في ذلك كغيره من الأولياء، وقد لزمته العطية ولا يجوز دفعها، فهذا يوجب النظر أن الهبة للطفل من غير أبيه، بمنزلة الصدقة لا تحتاج إلى القبول، لأن القبول لا يصح منه، ويخرج أيضاً هذا القول على مذهب من جوّز الهبة بغير القبول ولا قبض، وجعلها بمنزلة الصدقة، لأنها قربة إلى الله تعالى، وعلى قول الآخر: معلقة إلى البلوغ، وأما من اشترط فيها القبض فلا تجوز عنده.

وقد ذكر في كتاب أبي عبد الله محمد بن بركة: والنظر يوجب عندي أنها تثبت له بإحراز أبيه أو وصية أو وكيل عليه من قبل الحاكم، أو محتسب من المسلمين، وقالوا: لا تثبت هبة الأب لابنه الصغير، لأنها في يده وقبضها إليه دون غيره، فإذا عدم القبض لها لا تصح.

وقال بعض مخالفينا: إن الهبة جائزة بغير قبض، وهذا إغفال من قائله، الدليل على ذلك أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وهب لعائشة جذاذ عشرين

قوله: هو بالخيار إن شاء قبلها، يعني إذا بلغ فيكون الغير كالأب.

قوله: كغيره من الأولياء، الأولى كغيره من الناس أو كغيره فقط.

قوله: وقد لزمته العطية، أقول: ويدل على لزومها للصبي كونها تصير لورثته إذا مات قبل البلوغ.

قوله: فلا تجوز عنده، فيه أن أصحابنا المشارقة يشترطون القبض، ومع ذلك يجعلونها لورثة الصبي إذا مات.

قوله: وقال بعض مخالفينا الخ، هذا هو المذهب عند أصحابنا المغاربة رحمهم الله في غير الولد مع والده.

وسقاً تمراً ولم تقبض حتى حضرته الوفاة، فقال لها: إنك لم تقبضيه وهو اليوم للوارث، وهذا يدل من فعله مع ترك النكير والمخالفة عليه، أن الهبة لا تصح إلا بقبض، وفي ذلك أيضاً دلالة أن فعل المريض ليس جوازه كجواز فعل الصحيح في البيع وغيره، وفي الرواية أن أبا بكر قال لعائشة: بنية وددت لو أنك قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث.

وفي الأثر: وإذا كان الولد في عيال أبيه وقد أدرك، فوهب له أبوه عطية وأعلمها له ولم يقبض، فإن ابن عبدالعزيز والربيع يقولان: لا تجوز، وبه نأخذ، وكان ابن عباد يقول: هي جائزة، والذي يدل عليه اختلافهم: هل القبض شرط في حصة الهبة، أو شرط في تمامها؟ فإذا كان شرطاً في صحتها لم تجز إلا به، وإذا كان من شروط تمامها الهبة جائزة، وللواهب الرجوع فيها ما لم يقبضها الموهوب له.

وفي الأثر: وإذا وهب الرجل لرجل هبة من أرض قبضها الموهوب له، فبنى

قوله: مع ترك النكير، يعني فهو إجماع سكوتي، لكن قصره أصحابنا المغاربة على ماورد، وأما غير الولد فصدقته محمولة على غيرها من العقود.

قوله: ليس جوازه كجواز فعل الصحيح، أي لتعلق حق الوارث بالتركة.

قوله: هي جائزة، يعني إلا أنها لا تلزم إلا بالقبض، لكن ولو بعد ذلك.

قوله: لا تجوز إلا بالقبض، أي حالاً، أو مآلاً.

قوله: هل القبض شرط في صحة الهبة، أي فليس له القبض بعد ذلك.

قوله: في تمامها، أي فله القبض بعد ذلك ما لم يرجع والده.

قوله: لم تجز إلا به، أي حالاً.

فيها وأعظم النفقة ، أو جارية صغيرة فأصلحها أو صانها حتى بلغت وأدركت ، فإن ابن عبدالعزيز يقول : لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ، ولا في كل هبة ازدادت خيراً ، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوب له شيء لم يكن في ملك الواهب ؟ أرأيت لو ولدت الجارية ولداً أكان يقول له : أن يرجع فيه ، ولم يهبه له ولم يملكه قط ؟ فهذا مما ليس له الرجعة فيه ، وبه نأخذ ، وكان ابن عباد يقول له أن يرجع فيها ، وكان الربيع يقول : ليس للواهب أن يرجع في الهبة ، إن كانت قائمة بعينها أو زائدة أو ناقصة ، إذا لم يذكر ثواباً يوم وهبها ، ولم يعرض له ، ويقول : من وهب هبة طائعاً غير مكره ، ولم يذكر ثواباً يوم وهبها ولم يعرض له ، مضت هبته ولا ثواب له .

وروي ذلك عن أبي عبيده مسلم ، وقول ابن عباد في هذا ضعيف لقول النبي عليه السلام : (الراجع في هبته كالراجع في قيئه ، والقيء حرام) ^(١) .

وفي رواية أخرى عنه عليه السلام أنه قال : كذلك ان تقياً ثم يعد فيه .

وروي عن ابن عباس أنه قال : لا يحل لأحد أن يهب هبة فيعود فيها إلا الوالد لولده .

وفي الاثر : وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً - وذلك المتاع مما يقسم - فقبضاه منه ، فإن ابن عبدالعزيز يقول : لا تجوز تلك الهبة ، إلا أن يقسم لكل

(١) تقدم ذكره .

واحد منهما حصته، وبه نأخذ، وكان الربيع يقول: الهبة جائزة. وإذا كانت الدار لرجلين، فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه ولم يقسم، فإن ابن عبدالعزيز كان يقول: الهبة في هذا باطلة، وبه نأخذ، ومن حجته في ذلك أنه يقول: لا تجوز الهبة إلا معلومة مقسومة مقبوضة، ويقول: بلغنا عن أبي بكر الصديق أنه نحل لعائشة جذاذ عشرين وسقاً من نخلة بالعالية، فلما حضره الموت، قال لها: يا عائشة، إنك لم تكوني قبضتيه، وإنما هو مال الورثة، فصار بين الورثة، لأنها لم تكن قبضته، وكان ابراهيم يقول: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، وكان الربيع يقول: إذا كانت لإثنين فوهبها أحدهما لصاحبه فهذا قبض، وهذه معلومة، وكان أيضاً يقول: الهبة جائزة وإن لم تقبض، والمأخوذ به أن الهبة جائزة بغير قبض، وهو قول علي وابن مسعود فيما بلغنا، إلا أن يكون الوالد لولده فلا تجوز هنا إلا بقبض كما ذكرنا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وتقوم عندهم مقام البيع، أعني تجوز في موضع يجوز وتبطل في موضع يبطل، بل هي أسهل من البيع لأنها تقطع عندهم ما لا يقطع البيع في وجوه الغرر من جهة أنها قرينة إلى الله تعالى وصدقة.

وفي الأثر: ومن نحل ما في بطن أمته لرجل فذلك جائز إلا أن يكون والد لوالده، فإن ذلك لا يجوز لتعذر القبض فيه، فهذا يدل منهم، أن الهبة يسهل فيها الغرر، ولذلك يستعملونها في كل موضع يقطع فيها البيع، مثل بيع الماء وبيع الفلاة وما أشبه ذلك، والله أعلم.

قوله: يا عائشة إنك لم تكوني قبضتيه، في نسخة: تكن.

وإن مات الواهب عندهم قبل أن يقبض الموهوب له الهبة كانت للموهوب ،
وإن مات الموهوب له قبل أن يقبضها ، فهي لورثته .

وفي الأثر : وإذا كانت الهبة في عبد ، فوهبه رجل لرجل آخر غائب ، فليس عليه صدقة الفطر في ذلك العبد ، وهي على الموهوب إن علم ، وإن لم يعلم بالهبة لم يكن عليه شيء حتى يعلم ، وذلك لأنه لا تصح طاعة بغير علم ، والله أعلم .

وأما الهبة التي يقصد بها وجه الله ، فهي صدقة حسنة ومندوب إليها وثوابها عند الله يرتجى ، كقوله تعالى : ﴿ وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون ﴾ ^(١) ، ولا يحل للمتصدق بها أن يرجع فيها ، لقوله عليه السلام : (الراجع في هبته ، كالكلب يقيء ثم يرجع في قيئه) ^(٢) ، وإن رجع إليه بوجه من وجوه الاملاك ، فلا بأس عليه في قول بعضهم : والدليل على ذلك ما روي (أن رجلاً تصدق على أمه بجارية ، فماتت أمه ، فأتى النبي ﷺ يسأله ، فقال له ﷺ : قد وقع أجرك على الله ، ورد الله عليك جاريته) ^(٣) ، وقيل (إن رجلاً من الأنصار تصدق على أمه بقطعة ثم ماتت أمه ، فسأل النبي ﷺ فقال : قد وقع أجرك على الله ، ورد الله عليك قطعتك) . والصدقة على هذا جائزة لمن ردّها عليه الميراث ، أو اشتراها بهذا الخبر في

قوله : أو اشتراها ، يعني قياساً على الميراث ، والأحسن قصر الرد على الميراث لأنه قهري بخلاف غيره ، بدليل حديث عمر رضي الله عنه ، فلا معارضة بين الحديثين .

(١) سورة الروم .

(٢) تقدم ذكره .

(٣) رواه أبو داود والترمذي والنسائي .

قول بعضهم وكره قوم ذلك لقول النبي عليه السلام لعمر بن الخطاب : (لا تعد في صدقتك) ، وذلك أنه تصدق بحصان فوجده يباع في السوق فأراد أن يأخذه ، غير أن حديث عمر في البيع ، وأما الميراث فعند بعضهم : أنه ينبغي أن يجعله في ذلك الوجه ، وعند الآخرين جائز .

وفي الأثر : قال حدثنا أبو عبيدة أن الرجل إذا تصدق بصدقة - أظنه أنه قال لوجه الله أو كلام هذا معناه - ثم يرثها فإن رأى له أن يجعلها في مثل ذلك الوجه ولا يأكلها ، وكذلك قال حاتم أبو منصور ، وأخبرني من سأل الربيع بن حبيب عن ذلك فقال فيها مثل قولهما .

وقال ابن عبدالعزيز : كل صدقة ردها عليك كتاب الله فكلها هنيئاً مريئاً لا يخالجك فيها شك ولا يكن في نفسك منها شيء فإنه لا إثم عليك فيها ولا كف لأن الله هو الذي ردها عليك وكتابه ، وإن أنت أمضيتها في ذلك الوجه فحسن جميل ، وإن أكلت وحبست فلا جناح عليك هنيئاً . وكذلك أيضاً إذا أعتق الرجل عبده أو أمته لوجه الله أو لدين كان عليه فلا يستحب أن ينتفع منه بوجه من الوجوه ، والأصل في هذا كله ما ذكرناه وهو قوله عليه السلام لعمر : (لا تعد في صدقتك) ^(١) والله أعلم .

قوله : جائز ، هذا هو الذي يدل عليه الحديث .

قوله : هو الذي ردها الخ ، هذا ظاهر في الميراث ، لأنه لا سبب له فيه .

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي .

وأما الهبة التي يُقصد بها وجه المخلوق فلا يخلو أن يقصد بها دينه أو دنياه فإذا قصد بها دينه فلا تحل ولا يحل لأحد أن يأكل بدينه .

وقد روي عن النبي ﷺ قال : (من أشرط الساعة بيع الحكم وقطيعه الرحم ، والاستخفاف بالدم ، وكثرة الشروط ، وأن يتخذ القرآن مزامير يقدمون أحدهم ليس بأقرئهم ولا بأفضلهم إلا ليغنيهم به غناء) ^(١) كما روي (أن النبي عليه السلام أمر بعض عماله أو قال بعض أصحابه أن يتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً) ^(٢) ومثل هذا ما ذكر عن أبي محمد أيسر ويسين في رواية الشيخ أنه بات في تمنكرت فجعل أهل المنزل يخرجون عنه حتى بقي وحده ، وكان معه رجل غريب ، فلما خرج أهل المنزل فبدأ في القراءة وكانت له نغمة ، وكان له حسن الصوت ، فلما سمع أهل المنزل قراءته جاؤه بالطعام فأبى أن يأكله وقال لصاحبه : إن أردت أن تأكل كُلْ لو كانوا يطعمون في الله لأطعموني أولاً والله أعلم .

غير أن هذا يعرف بالقرائن والدلائل إذا تبين أن الإطعام لم يكن لله وإنما كان على وجه لا يحل ولا يجوز مع هذا ، ونظير هذه المسألة ما روي (من نهيه عليه السلام عن كل قرض جر منفعة) ^(٣) لأن معه قرينة تدل على أنه إنما أعطاه ذلك لأجل ماله وهو منه مدارة ، وكذلك كل من له عند رجل حق يجب فيه مثل هذا ، وكذلك طعام الرجل عند غريمه .

(١) رواه مسلم وابن ماجه والدارقطني .

(٢) رواه الطبراني .

(٣) متفق عليه .

وفي الأثر : وقال من قال : إِنَّ طالب الحق لا ينزل على غريمه ولا يأكل طعامه ولا يقبل منه هدية إلا أن يحسب ذلك من حقه ، وأرجو إذا كان بطيبة نفس المطلوب أن لا يكون به بأس . ومن غيره ، قال : قد قيل ذلك من الرياء أن يأكل الغريم مع غريمه ، وقال من قال : إذا جاء يطلبه بحقه ، وأما في غير ذلك الوقت فلا بأس ، وهذا فيما يوجب النظر إنما يرجع إلى القرائن والدلائل ، فمن القرائن ما ينزل منزلة التحقيق ، ومنها ما هو دون ذلك والله أعلم .

وأما إذا قصد بالهبة ما يشبه الموهوب له من الدنيا فإنه لا يخول أيضاً أن يكون الثواب معلوماً ، أو غير معلوم ، فإذا كان الثواب معلوماً ، فالهبة جائزة وتجري مجرى البيع في معانيها .

وقد ذكر أبو عبدالله محمد بن بركة في كتابه : فإذا قال البائع : بعتك ، وقال المشتري : اشتريت منك ، كان بيعاً ، وإذا قال : خذ هذا وأعطني هذا ، لم يكن بيعاً .

وكذا إن قال : وهبت لك هذه السلعة بكذا وكذا لم يكن بيعاً ولا هبة .

وقال بعض أصحابنا : دفع البدل يزيل الضمان .

وإن كان الثواب غير معلوم فهي أيضاً جائزة وعلى الموهوب له بالقيمة .

قوله : مع غريمه لعله عند .

قوله : الموهوب لها ، لعله له .

قوله : وقد ذكر الخ ، هذا إنما ساقه للمقابلة .

قوله : ولا هبة ، يعني - والله أعلم - لأنه ليس من شأن الهبة أن يقال فيها ذلك .

وفي الأثر: وإن ذكروا ثواباً ولم يثبه الموهوب له كان له أن يرجع الهبة، فهذا يدل منهم أن الهبة للثواب بمنزلة البيع يدرك فيه القيمة، وفي كتاب أبي عبد الله: والهبة جائزة للغني والفقير، وجائز قبولها من الغني والفقير.

ومن ذهب من أصحابنا إلى أن الهبة من الفقير لا تجوز إلا على وجه ضمان البدل فعندي أنه أغفل في الرواية لما روي أن النبي عليه السلام قبل الهبة من بريرة مولاة عائشة لما أهدت إليه لحماً كان تصدق به عليها، فقال النبي عليه السلام: (هو عليها صدقة ولنا من عندها هدية) ^(١) ولم ينقل أحد فيما علمنا ضمان النبي ﷺ لها بدلاً من هبتها. وأما الصدقة فكانت محرمة عليه لما رفع الله من قدره، وكان لا يكون لأحد عليه يد بما آتاه الله به من خلقه بفضل الرسالة، ويجوز أن يكون إنما حرم الله عليه أخذ الصدقة إذا كان في حال من تجب له في ذلك الحال لما جاءنا من الله عز وجل له بذلك ليعظم أجره، والله أعلم.

قوله: بمنزلة البيع، أي في كونها تحتاج إلى مقابل.

قوله: القيمة، أي أو المثل، ولعل هذا إذا فاتت.

(١) رواه الخمسة.

فصل

وأما الهدية بين الناس فجائزة ومندوب إليها، وروي أنه قال عليه السلام: (تهادوا عباد الله فإن الهدية تثبت المودة وتذهب الشحناء) ^(١).

وفي خبر آخر عنه عليه السلام: (تهادوا تحابوا) ^(٢) وقال عليه السلام (لو أهدي إلي كراع شاة لقبته، ولو دعيت إلى كراع لأجبتة) ^(٣).

وفي كتاب أبي عبد الله: وقد قال بعض الفقهاء: إن ثواب الهدية كشواب الصدقة، وعندي أن هذا القول يحتمل التأويل لأن الصدقة قد تصل إلى سييء الحال وقد تصل من كثير المال وهي قليلة من صالح الحال من الفقر، والهدية قد تصل إلى رحم سييء الحال أو حسن الحال من كثير المال فينال المهدي إليه فضل الهدية والسرور بهما وتجديد المودة وصلة الرحم والأفعال أو فائدة وموافقة أحوال تحدث، وقد حثَّ الله تبارك وتعالى ورسوله عليه السلام على صلة الرحم، فقال جل ذكره: ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾ ^(٤) أي اتقوا حق الله عليكم واتقوا حق الأرحام. والله أعلم.

وقد قال عليه السلام: (صلوا أرحامكم ولو بالسلام) ^(٥) وهذا القول منه

(١) رواه مالك في الموطأ .

(٢) رواه الطبراني في الأوسط .

(٣) رواه البخاري .

(٤) النساء .

(٥) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه والدارقطني .

عليه السلام حثّ وترغيب لبر الأرحام والصلة والله أعلم .

وكذلك أيضاً ما يجعله الأب لابنته أو الإخوة لأختهم إذا أرادوا أن يخرجوها لزوجها فإنما ذلك صلة رحم وهدية لا يدركون عليها شيئاً بعد ذلك .

وفي الأثر: والإخوة إذا أرادوا أن يُخرجوا أختهم : هل يحسبونها بما خرجت به أم لا؟ قال : لا يصح لهم ذلك إلا إن باعوا لها سهمها ، أظنه شيئاً من ذلك بضمن معلوم والله أعلم .

وفي الأثر: والهدية إذا فصلت من يد المهدي إلى المهدي له ومات المهدي له قبل وصولها رجعت إلى المهدي كهدية النبي ﷺ إلى النجاشي رجعت له لما مات النجاشي .

وقد قيل غير ذلك فهذا يدل أن الهدية ما لم تصل إلى المهدي إليه فهي مال المهدي ، وإن مات المهدي إليه قبل وصولها رجعت إلى المهدي ، وإن مات المهدي قبل وصولها له رجعت إلى ورثة المهدي .

وفي بعض الآثار: وسألت أبا المورج وابن عبدالعزيز وأخبرني من سأل الربيع بن حبيب عن المرأة تتصدق من مال زوجها وتعطي منه وتهب ، قالوا جميعاً : لا تتصدق ولا تعطي ولا تهب شيئاً من مال زوجها إلا بإذنه ، قال أبو المورج : فإذا أذن لها في ذلك فهما شريكان في الأجر .

وقال ابن عبدالعزيز: لها ما تصدقت أو وهبت أو أعطت ، وقد أشركته في الأجر وإن لم يجعل لها أجر في ذلك فلها الأجر وهي منفذة لأمره الذي أمرها

به من العطية والصدقة والهبة ، لا أجر لها إلا في طاعتها وتنفيذها لأمره ،
قلت لهما : فالمملوك يتصدق من ماله فلا أجر ذلك لسيده إلا أن يجعل له أو
يشركه فيه .

وفي الأثر: وهبة العبد المأذون له في التجارة جائزة ، فقد روي عن سلمان
الفارسي أنه قال : (أهديت لرسول الله ﷺ وأنا عبد فقبل مني) ^(١) وإن قارنت
الهدية قرينة تدل على الثواب مثل ما يهدي الفقير للغني ولن يرى أنه إنما يقصد
بذلك الثواب ، فقد روي أن جابر بن زيد رحمه الله قال : من المكافأة من
التطفيف .

وفي الأثر: وذكرت من أهدى لرجل هدية ، وقد اتهم المهدى إليه إنما
أهدى إليه ليكافيه بأكثر من ذلك فمات المهدى ، أكان على المهدى إليه شيء أم
لا ؟ فإن كان من باب الاحتياط ، فنعم ، وأما الوجوب فليس عليه فيما عندي في
ذلك ما يجب عليه والله أعلم . والذي يوجبه النظر على ما رأيته .

وفي الأثر: واستدللت عليه أن الهدية إنما يراعى فيها العرف والعادة الجارية
بين الناس ، ويقوم ذلك مقام الشرط ، وذلك في كل هدية يتعرفها الناس بينهم
وتجري بينهم العادة في ذلك أن يهدي بعضهم لبعض في ذلك على طريقة المعونة
لأن يهدى له هو أيضاً في معونة مثلها ، مثل ما يجري بينهم في الولائم والمآتم وما
أشبه ذلك ، فيلزم المهدى له قيمة ذلك الشيء الذي أهدى له لأنه بمنزلة البيع .

(١) متفق عليه .

وفي الأثر: والهدايا إنما تدرك فيها القيمة ولو كان الشيء حاضراً إذا لم يكن بينهم الاتفاق .

وفي الأثر أيضاً: وعن يوسف قال: لاتدرك الهدايا في الحكم إلا إن اشترط ثواباً ملحوماً لأن الحاكم لا يحكم بمجهول، قلت له: من جلب عروساً فعمل له رجل جفنة فجعلها إليها، على من تكون قيمة تلك الجفنة؟ قال: على المرأة، لأنها إنما جعلوا ذلك لحرمتها وحرمة أبيها، قلت له: إن أكلت منها شيئاً يسيراً؟ قال: عليها قيمة القصعة كلها لأنها فسدت من سببها وكان منشيها قبولاً والله أعلم .

وأما الهبة المختلف فيها، فمثل هبة الرجل لبعض أولاده دون بعض، وقد روي (أن رجلاً يسمى بشيراً وصل إلى النبي عليه السلام، يستشهد في نحل ينحله ابنه النعمان بن بشير، فقال له: أكل أولادك نحلتي؟ قال: لا، فقال له النبي عليه السلام: فارڈده^(١) . وروي أنه قال فأشهدوا غيري، وروي أنه قال عليه السلام: (أليس يسرك أن يكونوا لك في البر سواء)، قال بعض: الحكم جائز وهو عاص، والدليل لهم قوله عليه السلام، أشهدوا غيري، ومنهم من يقول: لايجوز، لقوله عليه السلام: اردده . ولأن النهي يوجب رد الحكم، ومعنى قوله عندهم: أشهدوا غيري على معنى التهديد، والذي يوجب النظر، أن الفعل ثابت، والوالد عاص، وذلك لأن النهي إنما ورد تأديباً من النبي عليه السلام،

قوله: فجلبها إليها، أي فجلب المرأة إلى الجفنة بدليل سياق كلامه .

(١) رواه ابو داود والترمذي وصححه .

لئلا يعرض في قلب ولده الممنوع ما يمنعه من برّه، والدليل على ذلك، قوله عليه السلام: (أليس يسرك أن يكونوا لك في البر سواء)، فإذا كان يسره أن يكونوا له في البر سواء، كان الواجب عليه العدالة بينهم، ذكوراً كانوا أو إناثاً، أطفالاً كانوا أو بلغاً، أو بعضهم لعموم الخبر على قدر ميراثهم منه، ولا يحف إلى بعض أولاده دون بعض، وليعدل بينهم ما استطاع كما ذكر عن النبي عليه السلام، وفي كتاب أبي عبدالله محمد ابن بركة: وأجمع الناس على نحل ولد الولد، ولم يجمعوا على نحل ولد الصلب، ولولا الإجماع على ذلك، لم يجز نحل ولد الولد، لأن اسم الولد يقع عليه، فهذا يدل أنه ليس عليه العدالة فيما بين أولاده وأولاد بنيه، وكذلك أيضاً أولاد بنيه فيما بينهم، إن أعطى لبعضهم شيئاً دون بعض في قول بعضهم، وعلى قول الآخرين: إن عليه أن يعدل فيما بين أولاد بنيه إذا أعطى بعضهم، لأنهم كلهم عنده سواء في منزلة واحدة، وكذلك أيضاً ليس عليه العدالة فيما بين ابنته وغيرها من الورثة، إن لم يكن له سواها من الورثة، إن لم يطلب في ذلك الحيف من الورثة، والله أعلم.

وإن طلب في ذلك الحيف فيما بين الورثة، فلا يحل أن يحيف بين ورثته ولا يحل لمن يحضر له، لأن ذلك فرار من فرائض الله.

وفي الأثر: وإذا كان لرجل ابن واحد وليس له غيره، فأعطاه شيئاً ثم حدث بعد ذلك أولاد غيره، فليس عليه في عدالتهم شيء في قول بعض الفقهاء، وقال بعضهم: عليه أن يعطي هؤلاء الآخرين مثل ما أعطى الأولين، وأما إذا كان له أولاد موحدون وأولاد مشركون فأعطى للموحددين، فليس عليه من المشركين

شيء ، وكذلك الأحرار والعبيد من أولاده مثل ذلك ، فليس عليه من العبيد شيء ولو عتقوا بعد ذلك أو وَّحد المشركون ، وذلك لأن الله لم يساو بين الموحدين والمشركين والأحرار والعبيد في الميراث ، فليس عليه التسوية بينهم في العدالة ، واختلف الفقهاء في الأم : هل عليها العدالة فيما بين أولادها؟ قال بعضهم : عليها العدالة فيما بينهم كالأب ، وقال آخرون : لا عدالة عليها ، والذي يدل عليه اختلافهم أن من لم يوجب عليها العدالة بين أولادها اقتضى ظاهر الحديث ، ومن أوجب على الأم العدالة فيما بين أولادها ، جعلها في ذلك كالأب قياساً عليه ، وعند الآخرين : أن الأب في ذلك بخلاف الأم ، ويشهد على قولهم ، قوله عليه السلام : (أنت ومالك لأبيك) ^(١) ، وليست الأم كذلك ، فهي قاصرة عن حكم الأب في ذلك ، وليس على الأب في نفقة أولاده وكسوتهم وركوبهم عدالة ، ماداموا لم يجازوا عنه ، وذلك مثل أن يكون فيهم واحد يصلح لحضور الجماعة ، فينبغي له اللباس الحسن ، ومنهم من يرعى الغنم ولا يبالى بما لبس ، وليس عليه العدالة في مثل ذلك ، لأن ظاهر الحديث إنما ورد في شيء يملك ما ذكرناه ، والله أعلم .

وكذلك أيضاً ، إذا حبس السلطان واحداً من أولاده بظلم فأفداه أبوه من ماله ، فليس عليه العدالة في ذلك ، لأن ذلك عليه واجب ، إلا إن كان لابنه مال ، فعليه العدالة في ذلك ، وكذلك إذا مرض أحد من أولاده فأعطى عليه

(١) تقدم ذكره .

الأجرة للطبيب أو أعطى الأجرة للمعلم على ما ذكرناه فيما يوجبه النظر، لأن ذلك عليه واجب، وأما ما كان عليه من الديون من قبل التعدييات أو من قبل المعاملات فأعطى عليه ذلك بعدما حبس عليه، فعليه العدالة في ذلك، لأن ذلك صار إليه نفعه، والله أعلم.

وإن وهب الولد لوالده هبة، فقبلها وردّها عليه الوالد بعدما قبلها، لزمه عدل تلك الهبة لسائر أولاده، لأنها بعدما قبلها صارت له، فهي كسائر ماله، وإن أعطى لواحد من أولاده وليس له مال غير ذلك الذي أعطاه، فإنه ينزع له ويعطي للآخرين الذي لم يعط لهم.

وفي الأثر: وإن أعطى الوالد لواحد من أولاده، مثل أداة العمل أو معونة عبد يعلم له أو مثل ذلك من المعروف الذي يكون بين الناس، فليس عليه من ذلك شيء، وكذلك إذا كثر العيال على أحد من أولاده فأدركته فيهم الرأفة، وجعل يعطي لعيال ابنه شيئاً، فلا بأس عليه في ذلك، والله أعلم.

وفي الأثر: مسألة أخرى عملها أبو سليمان لرجل من أهل شروس أقرّ لأولاده بالعدالة، بأكثر مما جعل للبنات، فحضرُوا له ثم أرسلوا الثقة إلى البنات فجوّزن ذلك، وكتبوا بعدما جوزن شهاداتهم، فهذا يدل من قولهم، أن الواحد جائز له أن يهب لبعض أولاده بطيبة نفس الآخرين على ذلك، لأنه من حقهم عليه، والله أعلم.

قوله: ويعطي للآخرين، لعله؛ أو.

وكذلك أيضاً على هذا المعنى ، يجب عليه العدالة بين عبيده ونسائه ، لأنه كما
يسرّه أن يكونوا في البر سواء ، كذلك يجب عليه العدالة فيما بينهم كما ذكرنا في
مسألة الأولاد ، والله أعلم .

وفي الأثر : اختلفت العدالة مع الديون في أربعة أوجه ، أحدها : لا يدركها
عليه مادام حياً ، وإن مات الأب فلا ينزل الإبن مع الديون ، ومنهم من يقول :
ينزل معهم ، وإذا مات الولد أيضاً قبل الوالد ، فلا يدركها وثته على الوالد ،
والوجه الرابع لا يسقطها الأب إذا أراد أن يؤدي زكاة ماله ، ولا يؤدي عليها الإبن
حتى يستوفيهما ، وإن مات الأب ولم يوص بها ، فلا يدركها الإبن في المال ، وذلك
لأن العدالة أضعف الديون ، إنما تلزم فيما بين العبد وربّه ، وليس كذلك الديون ،
والديون تدرك ولو لم يوص بها المدين ، لأنها مال متقدم في الذمة ، والله أعلم .

وإن احتج الأب فأراد أن ينزع من مال أولاده شيئاً ، فإن عليه أن يعدل في
النزع كما كان عليه أن يعدل في العطية ، والأب يأكل من مال أولاده ما شاء وكيف
شاء ، ولو كان له ماله ، وليس عليه العدالة في الأكل ، كما أنه ليس عليه العدالة
فيما يأكلون ، أعني نفقتهم كما ذكرنا ، والله أعلم .

قوله : إنما ، (إن) اسمها (فما) موصول اسمي .

فصل

وفي كتاب أبي عبدالله : واختلف أصحابنا في مال الولد : هل للأب أخذه في حياته وتمليكه عليه ، أو شيء منه في حال الإعسار وغير الإعسار؟ فأجاز بعضهم للأب أخذ المال من ولده ، وإن كان الأب موسراً ، ويحكم له الحاكم بجواز ذلك الفعل ، وقال بعضهم : لا يجوز له ذلك إذا كان موسراً ، فإذا كان أخذ من ماله شيئاً كان بأخذه له ضامناً ، وقال بعضهم : ما يأخذه الأب من مال ولده انتزاع ، والإنتزاع لا يكون إلا فيما أتلفه ، وأما فيما عينه قائمة ، ينقلها إلى ملكه نحو الدور والأرضين والنخل فلا يصلح الإنتزاع فيه والعين قائمة ، وقال بعضهم : لا يجوز له أخذ شيء من ماله إلا الكسوة ونفقته يفرض الحاكم إذا كان معسراً والإبن موسراً ، وهذا القول أنظر عندي وأدل على موافقة تأويل السنة والله أعلم .

واختلف أصحابنا فيمن أجاز للوالد مال ولده ، فقال بعضهم : يملك بالإنتزاع على الإبن ماله ، أو ما يأخذ من ماله ، ولا يكون ذلك إلا بالإشهاد على الفعل ، وقال بعضهم : الأخذ هو الإنتزاع ، هو الأخذ منه ، فقال من لم ير الأخذ إلا بالشهادة ، أنه يشهد بأنه قد ملكه على ابنه ثم يحل له ذلك ، فأما أخذه بغير بيّنة فلا ، وقال بعضهم : تناوله انتقالاً عن ملك إبنه إليه ، وهو انتزاع منه له ،

قوله : فيمن أجاز ، لعله ممن أجاز .

فصاحب هذا القول يقول: لو أن رجلاً وطىء جارية ابنه، جاز له وطؤها وانتقلت عن ولده إليه، ووطؤه إياها إنتزاع منه لها، وقال بعضهم، لا تحل له حتى ينزعها قبل الوطء، فإذا ملكها على ذلك، حلَّ له وطؤها.

وفي الأثر: قلت لهما: فالرجل يأخذ من مال والده ويتصدق ويهب ويعطي، قالوا: ذلك كله للوالد من مال ولده، يضع في ذلك ما أحب، إلا أن ابن عبد العزيز قال: ما لم يضر ولده ويحف بماله ولاحقاً بالضرر، قالوا جميعاً: ولا يحل للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، قال أبو المؤرج: حدثني أبو عبيدة، رفع الحديث إلى ابن عباس إلى جابر عن عائشة، أنها قالت: (إن أطيّب ما تأكلون من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، فكلوا من كسبكم) ^(١)، قلت لابن عبد العزيز: لو أن رجلاً محتاجاً وابنه غني، إن هو بسط يده إلى ماله حال الإبن بينه وبين الأخذ من ماله، فليأت به إلى القاضي، فليعلمه بحاجته إنه حال بينه وبين الأخذ من ماله، قلت: أفيعطيه القاضي إذا أتاه وأعلمه ما ذكرت على أخذ ما أحب من ماله؟ قال نعم؟ يعطيه القاضي من مال ولده ما احتاج إليه، ويجبسه على ذلك ويأخذه برزقه ونفقته وكسوة عياله بالمعروف، على قدر سعة الإبن، غير مضار به ولا مشقوق عليه فيما لا يحمله، قال أبو المؤرج: حدثني أبو عبيدة مسلم، أن رجلاً أخذ من مال ولده في حياة النبي ﷺ، فانطلق الإبن إلى النبي عليه السلام يشكو والده ويقول: أخذ والدي من مالي، فقال

(١) تقدم ذكره .

النبي عليه السلام : (أنت ومالك لوالدك) ^(١) .

وأما الهبة التي لم تكن عن طيبة نفس ، فمنها هبة الكراهية ، لا تجوز ، لقوله عليه السلام : (ليس على مقهور عقد ولا عهد) ^(٢) ، لا تجوز للموهوب له ، وليس على الواهب منها حرج ، لأنه إنما فدى نفسه بهاله ، وقد أجمع الناس أن للرجل أن يفدي نفسه من العدو إذا أسروه ، وليس ذلك بمعونة لهم ، وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺ قال : (عودوا المرضى وأطعموا الجائع وفكّوا العاني) ^(٣) ، فلا يأمرهم النبي عليه السلام بشيء لا يحل لهم فعله ، ومن ذلك أيضاً عطية المداراة لا تجوز للذي يأخذها ، وفي الحديث : (شرُّ الناس من يكرمه الناس مخافة شره ولسانه) ^(٤) ، فعمَّ ﷺ ولم يخص : أعني كل شر يخاف أن يلحقه من قبله ، فإن قال قائل : فإذا جاز للمسلمين أن يدرأوا عن أنفسهم وأموالهم بأموالهم ، فهل يؤخذ الناس فيما بينهم إذا أبى البعض أن يعطي؟ قيل له - والله أعلم - ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، فهذا الذي يعطونه المسلمون عن أنفسهم وأموالهم وحریمهم للجبار ، بمنزلة الدفع عن أنفسهم وأموالهم وحریمهم ، إذا قدروا أن يدفعوا ظلم الجبار بأنفسهم دفعوه ، وإن لم يقدرُوا بأنفسهم فبأموالهم ، وليس ذلك منهم بمنزلة المعونة ، وإنما ذلك منهم بمنزلة الدفع لظلم الجبار .

(١) تقدم ذكره .

(٢) متفق عليه .

(٣) رواه الخمسة .

(٤) رواه أحمد وأبو داود .

وفي الأثر: قال محمد بن جعفر: وليس لأحد أن يعينهم بمؤنة، إلا أن يخافوا على البلاد والرعية، فلا بأس على من قام بذلك وطلب الاستبقاء على البلاد وأهلها، واستخرج لهم الخراج الذي وضعوه على أهل البلاد، ممن أعطى برأيه وطابت بذلك نفسه، ولا نحب أن يتعرض من قام بذلك من مال غائب ولا يتيم، وقال أبو المؤثر مثل ذلك: وإن أخذ الجبار مال اليتيم وكان له وصي أو وكيل، فخاف على مال اليتيم أن يذهب، فصالح عنه من ماله بأقل مما خاف أن يذهب منه واجتهد في ذلك، فأرجو أن يكون له إن شاء الله، وإن كان هذا الجبار محارباً لأحد من المسلمين طالباً لهم، فلا نرى لأحد من المسلمين أن يعينه في وقت مطالبته على خراج يأخذه من الناس، ولا بهال ولا بمقال ولا بشيء مما يقوى به على محاربة المسلمين.

وقال أبو المؤثر: لا يجوز لأحد من المسلمين معونة الجبابرة سلماً كانوا أو حرباً، فإن خافوا هلاك البلاد فللمسلمين أن يدفعوا عن أنفسهم وبلادهم وأموالهم بما دفعوا إليه من أموالهم، ولا بأس عليه بذلك إن شاء الله، ولا على من أخذ على الناس الأحرار البالغين برأيهم وطيبة من أنفسهم مالاً ودفعه إلى الجبابرة على ما وصفنا من الخوف على حريم المسلمين ودمائهم وأموالهم، ولو كان في مناصبة لعسكر من عساكر المسلمين، لأن هذا أهون على المسلمين مما يصابون به منهم والله أعلم.

وقول أبي المؤثر في هذا أسهل وأيسر إن شاء الله ﷻ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر، غير أن أبا المؤثر لم يبح من ذلك إلا ما كان عن طيبة نفس من صاحبه، والله أعلم.

وفي جوابات الشيوخ رحمهم الله : وما نقول في أهل منزل اتفقوا على قيمة أموالهم لحال حامي أصلهم ومنافع منزلهم ، فقال قائلون منهم : إنما نقوم ما جرت عليه أملاكنا من الأصل والحيوان والعروض والثمار وجميع الأملاك ، وقال الأكثرون منهم : بل لا نقوم إلا الأصل وما اتصل به ، والفرقة الأخرى وهم الأقل ، والله أعلم بمرادهم في ذلك وهم من أهل العروض أيضاً ، الجواب في ذلك فيما عندي إذا كان هذا الذي يقومون لحال ما يعطونه لحامي أصلهم فإنما يرجع في ذلك إلى الذين قالوا نقوم الأصل لأنهم إنما يعطون على قدر أصلهم ، وسبيل هذا سبيل سائر الاجارات . وأما غير هذا مما يجمعونه لمنافع منزلهم ومصالحهم مثل الضيافة وأشبه ذلك فإنهم يقومون جميع أموالهم .

وفي الأثر أيضاً : الغفارات على الحمول ليس على الجمال إذا لم يكن بينهم الاتفاق ، وفيه أيضاً : وإذا كان الرجل في منزل قوم وقد أعطى معهم الصلة فله ما لأهل المنزل من الرعي والسقي من أبيارهم وأنهارهم ، ولا يمنعونه من ذلك ، وإن لم يعط الصلة فلهم منعه مما ذكرنا ، وأما الخروج فلا يخرجونه ، إذا كان له دار وأرض ، وذكر الشيخ أنها نزلت في زمان أبي منصور في وفيات ، فوجده قد أعطى معهم الصلة ، فلم يجدوا أن يمنعوه مما لأهل المنزل ، ونزلت أخرى في كراين وهو لم يعط الصلة فمنعوه من المرعى والسقي ، وإذا كان لرجل أرض في غير منزله فلا يدرك عليه أهل منزله أن يعطى عليه إذا كان يعطى عليه في ذلك المنزل ، ويدرك عليه أهل ذلك المنزل أن يعطى عليه ، وإن لم يعط في ذلك المنزل فإنه يدركون

عليه أن يعطى عليه في منزله ، وهذا في الغفارات ، وإما الضيافة فلا يدرك عليه أهل ذلك المنزل أن يعطى عليه لأن له منزلاً ومسجداً ، وأهل منزله يدركون عليه أن يعطى عليه ، وكذلك أهل المنزل يدركون على من كان له أصل في منزلهم ما نابه من الثمر ، فهذا يدل منهم أن ما يعطونه لحامي أصلهم إنما يعطونه على ماعليه من الحماية كما ذكر منزلتها كسائر الاجارات وأما الضيافة فإنما هي من منافع المنزل ، وهي على أهل المنزل على أموالهم ولذلك لا يمتنعون من منافع المنزل من الغرباء من أعطاهم معهم كما ذكرنا ، وأما ما يعطونه للناس ويدراؤون عن أنفسهم وأموالهم الظلم فإنما هو على أموالهم .

وفي الأثر : وذكرت ما بين أولاد عمران في بستانهم في تيجي وكان أوائلهم إنما يؤدون على سهامهم في الحوض من له ليلة أو أقل أو أكثر فكانوا يؤدون على تلك الحال ، وكثرت عليهم المودة للعرب وطلبوا إلى الآخرين أن يجعلوا الغنيمة : هل يجدون ذلك ؟ فاعلم يا أخي - أيديك الله - أن مسائل العامة وما يؤول إلى هذا إنما تجري على المحاسنة والمتاممة فالذي عندي ، والذي أحفظه عن الشيخ رحمه الله فقال : إن المنازل على سير مفترقة وأحوال متفاوتة ، فمنهم من يؤدي على مراتب ثلاثة : العليا والوسطى والدون ، ومنهم من تجري أمورهم على القيمة ، ومنهم غير ذلك ، ولكن إن ما سمعته يحمد من ذلك وهو أحوط فيما قال : إن ذلك

قوله : الغفارة ، صوابه الخفارة بالخاء ، وهي مضمومة ومكسورة .

قوله : إلى الآخرين ، أي الذين ليس لهم في الحوض حق أو حق زائد على ما سقي من الحوض .

على قيمة أموالهم فمن زاد زادوا له ، ومن نقص نقصوا له ، وهؤلاء يا شيخ ،
الذي عندي إذا كانوا ليس لهم هناك إلا الحوض وما يسقى منه فتفاضلوا
وأشباهها فأسبق إلى النفس من ذلك أن يمضوا على ما مضى عليه أوائلهم ، وأما
إن كان بعضهم استفاد أموالاً غير الحوض وما يسقى منه فعليهم أن يقوموا جميع
أموالهم والقيمة أحوط لهم ، إلا إن خشيت أن يتفق من ذلك ما لا تدرك غايته أن
يستمسك غيرهم إلى ذلك ، وفيه أيضاً ، وأما ما ذكرت ما بين أهل تملوشايت
وجاعتهم من أهل تيجي ، أبوا أن يدوا معهم ، فاعلم يا شيخي أنهم قد سألوا
أبي في حياته ، فقال : لأهل تيجي : تدوا على أموالكم في تملوشايت مع أهل
تملوشايت فيما يدارون به عن أنفسهم وأموالهم ، فقال لهم أبو يوسف : بزعمي نزار
ما نشتغل بأبي داود ولا بأبي عبد الله وأكثر جماعتهم حضروا مع عطية الله ،
والساعة يا شيخ : إن أجابوا لك ما يجب عليهم من الحق أن يفعلوه ، فقد أخبرتك
بما قال لهم أبي ، وعندي أنا مثل ذلك ، وقد تكلموا يومئذ أن من عثر في العرب
باطلاً فعليه أن يدي من ماله ، وأن من أغاروا عليه ، فعثر فيهم أو خرجوا إلى
العرب بالعامه فعثر فيهم من عثر ، فليس عليه شيء من ماله فإن خافوا من شر
العرب بسبب ذلك داروا على أنفسهم وأموالهم ، وأما ما قال أبو الربيع : أنه
سألني عن هذه المسألة ، وهمتُ مارواه عني فإن أنصف فهذا أنا ذا

قوله : وأشباهها ، لعل المراد وأشباه هذه المسألة حكمه كذلك .

قوله : وجماعة أهل تيجي ، في نسخة : وجماعتهم من أهل تيجي .

قوله : ليس عليه شيء من ماله ، أي وحده .

قوله : وهمت ما رواه أي ، شككت فيما رواه .

فليحاججني ، فما رضوا يا شيخ أن يجوز عليهم مثل ما يجوز على غيرهم ، فالله نسأل العون والتوفيق .

وفي الأثر أيضاً : وذكرت قوماً جمعوا طعاماً للجبابرة إن كان تؤكل فضلته أم لا ، فأعلم أن ما عندي في ذلك ألا تؤكل ، لأن أصل ذلك إنما جعل للخوف والمداراة ، ولو تحللوا فيما بينهم ، ومنها أيضاً : هبة المرأة لزوجها إذا ادّعت أنها فعلت ذلك بمداراة .

وفي الأثر : وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدّقت عليه بصدقة أو ابرأته من مهرها ثم قالت بعد ذلك : أكرهني ، وجاءت على ذلك بالينة فإن ابن عبد العزيز كان يقول : لا تُقبل بيتنها ويمضي عليها ما فعلت ، وكان الربيع يقول : تُقبل بيتنها على ذلك ويبطل ما صنعت ، وإن وهبت له هبة أو تصدّقت عليه بصدقة ثم قالت بعد ذلك : إنه أكرهني على ذلك ولم تكن لها بينة على ما ادعت من الإكراه ، فقول الربيع : إنه يقبل ذلك منها ويبطل ما صنعت ، وقال ابن عبد العزيز : لا يقبل ذلك منها ولا يبطل ما صنعت ، وقال الله تعالى ﴿ فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾^(١) .

قوله : ومنها أيضاً ، أي ومن الهبة التي لم تكن عن طيبة نفس .
قوله : تقبل بيتنها ، هذا هو الظاهر لقوله عليه السلام (ليس على مكره عقد ولا عهد) ولقوله أيضاً . (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه) ^(٢) .
قوله : لا يقبل ذلك منها ، هذا هو الظاهر .

(١) النساء : ٤ .

(٢) تقدم ذكره .

وفي الأثر أيضاً: وقال رحمه الله: إن الحاكم لا يشتغل بأربعة، من أراد أن يأكل صداق ابنته بالحاجة فلا يشتغل به فليأخذ على نفقته إن شاء، ومن ادعى أنه أعطته امرأته صداقها فلا يشتغل به إذا ادّعت المرأة بعد ذلك الكراهية، ومن مات وترك امرأته وورثته وادّعى الورثة أن مورثهم قد طلقها في حياته فلا يشتغل بهم والأخت إذا ادّعى أخوتها أنها أعطت لهم مالها فلا يشتغل بهم مادامت تستحيي والله أعلم.

وفي الأثر أيضاً: وأما مسألة التي أرادت أن تأخذ ميراثها من عند إخوتها، فادّعوا أنها وهبت لهم حين مات أبوها، فأعلم أيّدك الله أن هبة الجنّازة حين يموت أبوها فيطلبوها منها، فتلك هبة مداراة لا يشهدوا بها الشهود، إن قالت بعد ذلك: إنما فعلت ذلك بالحياء والمداراة، ولا يحكمها الحاكم إذا تبين عنده أنهم بتلك الهبة شهدوا، وأما ما ذكرت أنهم قالوا: إن الإخوة باعوا من ذلك الأصل بعد هذه الهبة، فإن ذلك يضر بشهادتهم ما لم يحكم الحاكم بها، فهذا عندي، والله أعلم.

قوله: لا يشتغل بأربعة الخ، لا ينصب الحاكم أيضاً الخصومة بين الرجل وابنته فيما أكل من صداقها كما نص عليه عمنا يحيى رحمه الله تعالى.

قوله: فلا يشتغل بهم، لعله إذا تركها في منزل طاعته ولم تقم قرينة على الطلاق واتهم بالضرر بدليل ما ذكره فيما تقدم في باب القسمة في دعوى الورثة، بعضهم على بعض حيث قال: أو كان العد عن امرأة فقال: قد طلقها مورثنا في حياته ثلاثاً، فعليه البينة في هذه الوجوه كلها، فإن لم يجد البينة فلا يدرك اليمين إلا في طلاق المرأة إن لم يتهم بالضرر في ذلك لأن الطلاق يمكن أن تعرف به المرأة فذلك يكون فيه اليمين الخ.

ومثلها أيضاً ، ما ذكرت مسألة ما بين ابنة يخلف ويونس بن ميمون قد قضى الله ليونس ، اشترى من عند أولاد يخلف الفدادين وأختهم عندهم ، ثم بعد ذلك خرجت أختهم فكانت عند زوجها حتى مات وتزوج موسى ، ثم أمرت فيما قال العبد : فدخل الفدادين ، ثم جاء يونس واشتكى به الساعة ، وأدعى يونس أنها جوّزت البيع حين كانت عند إخوتها ، وأنكرت هي ذلك فيما قال زوجها ، فأعلم يا أخي إنما عندي في ذلك ، أن بيع الجارية تحت إخوتها ، وهبتها يضعفون ذلك ولا يشتغلون به إذا أدّعت بعد ذلك أن ذلك منها مدارة ، فإن علم أنه بيع لحاجة لا بد منها ، من نفقة أو دين يلزمهم جميعاً ، وما تحتاج إليه من خروجها إلى زوجها ، فإذا كان على هذا المعنى فجائز : ولكن الذي عندي حين أقامت بعد الخروج هذه المدة الطويلة حتى مات الزوج الأول فلم تعارض من غير مانع ولم تتكلم ، فهي عندي مريية ، فيدرك عليها اليمين أنها لم تجوز إذا لم تتهم المدعي في ذلك ، وأما قول زوجها عنها فليس بشيء حتى تتكلم بنفسها .

وفي الأثر أيضاً : وأما ما ذكرت من مسألة رجل مات وترك أباه وامرأته وابنته ، وكان للمرأة أول مال ، وكان مع زوجها أندرهما واحد ومنشرهما واحد ومعصرتهما واحدة ، فلما مات زوجها ، قال الأب : المال مالي ، وما أعطيت لولدي إلا أعطية النكاح ، قلت : وقد كان ولده ماله على حدة وكذلك الإخوة ، فقلت : فعلى من البينة على الأب أو على ورثة الولد؟ الجواب في ذلك عندي : قد يعرف مثل هذه المسألة أليس قد جازت عليك غير واحدة؟ فهذه مثل مسألة ولد تليثيس بن القاسم الملوشاني وولد يحيى بن زكرياء ، يحتالون لها الأخبار

ويعينونها حتى تأخذ مهرها وميراثها وشرح ذلك يطول في الكتاب ، ولها أيضاً ما ينوب أصلها مما استفاد زوجها من الغلة التي اشتركوها ، فهذا ما عندي ، والله أعلم .

وأما الذي قال الأب : ما أعطيت لابني إلا عطية النكاح ، فأعلم أن عطية النكاح حلال لمن أعطيت له ، وحرام على من أعطى أن يرجع فيها ، والله أعلم .
ومنها أيضاً هبة الاطمانية ، وفي الأثر : وأما إن أقرت بالهبة وادّعت أنها هبة الاطمانية ، فعليها بيان ذلك ، وقد اتفق الشيوخ أن هبة الاطمانية لا تنفع ولا تضر الواهب إلا في وجه واحد ، إذا وهب الولد ماله خيفة أن يأكله أبوه بالحاجة ، ينفع الولد في ذلك ولا ينصت إلى الأب ، وإن كانت هبته هبة التوليج فهذا أوفق ما أخذ به وما استعملوه ، وإن كان قيل فيها غير ذلك عن الشيخ أبي زكرياء اللالوتي أن تكون الهبة جائزة ماضية ، ولا يكون في المال هبتان ولا بيعتان ، ومنها أيضاً في الأثر : والتوليج لا ينفع بل يضر ، إلا في ثلاثة أوجه : وذلك إن أراد أن يزوّج ولده وأعطى ماله هبة التوليج ، ثم أعطى بعد ذلك لولده ، وأصدق الإبن فيما أعطاه أبوه فليس للمرأة شيء ، ورجل أعطاه أبوه شيئاً ، وكان له مال من غير أبيه ، فخاف من أبيه أن يفسده فأعطاه لرجل بالتوليج ، فكل ما فعل بعد ذلك أبوه في ماله من بيع أو عتق أو غير ذلك ، فلا يضر ما فعل ، ورجل أراد أن يبدل زكاة ماله فأعطاه الذي تجب فيه حتى يصل إلى يوم أراد أن يأخذه وقتاً

قوله : ومنها هبة الاطمانية لا تنفع ولا تضر ، هذا لم يتقدم على الإطلاق بل استثنى منه وجه واحد .

لزكاته أو الشهر، فيرده له الموهوب له فليأخذ وقتاً، فهذا يدل من قولهم :
والتوليج لا ينفع بل يضر، إلا في ثلاثة أوجه : إن ماعدا هذه الثلاثة أوجه التي
ذكرنا، أن الهبة جائزة على معنى هذا القول، ومثل من وهب ماله لرجل لثلا يقع
عليه الحنث فتكون الهبة جائزة، ومثل هذا مذكور في الأثر، فمن طلبه وجده
فيه ، والله أعلم .

وأما على قول من قال في هبة الاطمانية : لا تضر ولا تنفع ، فعلى قيادة قوله
ليست بشيء ، وهو الذي يوجهه النظر عندي ، لأنها لم تكن عن طيبة نفس ، وإنما
هي على صفة ما أو شرط ما ، وما علق إلى شرط فهو إلى شرطه ، وقد ذكر في
الأثر : قال أبو سفيان : إجتمع وائل والمعتمر ابن عمار وجماعة إلى الربيع ، فسألوه
أن يخرج إلى الموسم ، فقال : لا أقدر وما عندي ما أتحمّل به ، قال : فمشوا إلى
رجل من المسلمين يقال له : النضر بن ميمون ، وكان من تجار الصين ، وكان
موسراً ، فأعلموه بقوله ، قال : فأتاه بأربعين ديناراً فقال له : حج بها ، فلم يقبلها
منه ، قال : وكان به خاصاً ، فجاءه وائل والمعتمر فقالا له : سبحان الله يا أبا
عمرو تعلم حاجة الناس إليك وكنت اعتللت بأنك لا تجد ما تتحمل به ، فلما
جاءك الله بما تتسع فيه أبيت أن تقبله ، قال : فأعلموه بما كره من قوله ، فاعتذر
وقال : والله ما علمت أنه يكره ذلك ، والآن خذوها أنتم واذهبوا بها إليه ، قال :
فأبى أن يقبلها بعد ذلك ، والأصل في هذا كل ما علّق لسبب ، فهو إلى ما علق
إليه ، والله أعلم .

فصل

ثم إن الهبة أيضاً تنقسم قسمين: منها ماهي هبة عين، وهي التي ذكرناها على أنواعها، ومنها ماهي هبة منفعة، أما هبة المنافع فمناها مؤجلة وهي تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك. ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له، وهذه تسمى العمرى، مثل أن يهب لرجل سكناً داره حياته، وقد اختلف العلماء فيها.

وفي الأثر: قلت: فأخبرني عن العمرى والرقبى والسكنى، قال ابن عبدالعزیز: إن كان معنى الرقبى على معنى العمرى أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، فهي لك عمرى ولك رقبى ولك سكنى، على أنها لك حياتك، فقد قال أبو عبيدة: رفع ذلك إلى جابر وإلى ابن عباس، أنه من عمر شيئاً فهو له ولورثته من بعده، قال ابن عبدالعزیز: وكان غيره من الفقهاء لا يجيز ذلك ولا يراه للورثة من بعده، وكان إبراهيم ممن يقول: العمرى إذا مات الذي أعمرها فهي راجعة، إلا أن يقول: هي لك ولعقبك، وقول إبراهيم أعدل عندي، قلت له:

فصل :

قوله : ومنحة ، أي كمنحة ذات اللبن .

قوله : وكان غيره من الفقهاء ، فيه أن الجمهور على إجازة ذلك عملاً بالحديث ولا عبرة بكلام ابن عبدالعزیز وإبراهيم هذا كما بينه شراح الحديث لأن الحديث إذا ورد من طريق العدول وجب العمل به ، والله أعلم .

أرأيتك تأخذ بقوله في كثير، وتختار قوله على قول من هو أكبر منه وأفضل عندنا؟ قال: ومن هو؟ قلت: أبو عبيدة، قال: الإنصاف والحق قبول الحق، ممن جاء به، والأمر القوي الذي لا دخل فيه ولا خلل، ليس كغيره ممن يدخل فيه الوهن والضعف، قلت: وأي قوة أقوى من قول أبي عبيدة وغيره من أصحابنا، حيث قال: إنه قوة أقوى من قول أبي عبيدة وغيره من أصحابنا، حيث قال: إنه من عُمَرُ أرضاً فهي له ولعقبه من بعده؟ قال: وأي قوة في هذا؟ قلت: لأن سبيل العمرى سبيل الموارث، قال: ليس لك في هذا من القوة شيء، إلا أن تقول: هكذا قالوا، فأما القياس فلا تكلم فيه أهله، فيسخرن منك وتبين لهم ضعف مقاتلتك، قلت: فكيف يكون هذا وهناً وضعفاً؟ وقد قال رسول الله ﷺ: (من عُمَرُ شيئاً فهو له، حياته وبعد مماته)^(١)، قال لي: يا عاجز لو اتفق الناس على هذا الحديث، لم يجاوزه أحد من الفقهاء بالقياس فيه ولا الرغبة عنه، لأنه كل ما كان من رسول الله ﷺ لا لأحد ينبغي أن يخالف فيه، قلت: وأي قوة أعجبك من قول إبراهيم في هذا، إذا كان ذلك رأياً عنه، ولم يكن أمراً مجتمعاً عليه؟ قال: أعجبني أنه يقول: إنما أعطيته للرجل حياته، ولم أجعلها لعقبه من بعده، فكيف يكون لهم ما لم أجعل لهم إليه سبيل بعتاء، وإنما أعطيته على جهة

قوله: لو اتفق الناس على هذا الحديث، أقول: ليس من شرط العمل بالحديث الاتفاق عليه، لأن رواية الأحاد توجب العمل، وإن كانت لا توجب العلم.

(١) رواه الدارقطني.

العارية، والدليل على قولي أنها عارية، استثنائي أنها لك حياتك، ولم أجعلها له بعد مماته، فكيف يكون هذا عدلاً عندك، ان يجعلها له حياته، فيموت فلا تنقسم تلك العطية وترجع إلى ورثته بلا إعطاء من صاحبها الذي أعمارها، ولا هبة، هذا ما لا يجوز وما لا يمكن له أن يكون هذا كما وصفت، إلا أن يكون فيه أثر عن النبي ﷺ فيلزم الأثر فلا نقيس عليه، فأما إن كان من الفقهاء، فالاختيار قول ابراهيم، قلت: وكذلك الرقبى والسكنى؟ قال: نعم، إذا كان معناها معنى العمرى، قلت: إن هؤلاء يفرقون بينهم فرقاً ولا يجعلون الرقبى والسكنى كالعمرى، قال: ما أراه إلا واحداً، إلا أن يكون لهم تفسير يصلحونه ويوضحونه على غير معنى العمرى، والله أعلم.

وفي معنى هذا أيضاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: (أيما رجل عُمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي يُعطاها أبداً).

وفي الأثر أيضاً في معنى ما ذكرنا: وإذا قال رجل لرجل: أوصيت لك سكنى هذه الدار حتى أموت، فليسكنها حتى يموت ثم ترجع إلى ورثة الميت، وأما رجل قال لرجل: أسكن هذه الدار حتى تموت، فليسكنها حتى يموت من غير وصية، ثم ترجع بعد موته إلى صاحبها، ومنهم من يقول: هي لورثته بعد موته، وإن قال له: أسكن هذه الدار حتى أموت أنا، فله سكنها حتى يموت صاحبها، ثم ترجع إلى ورثته، وإن مات أيضاً الذي أُذن له قبل موت صاحب الدار، فلا يجد ورثة المأذون له سكنها حتى يموت صاحبها.

وأما التي تسمى عارية، فهي جائزة بالسنة، والسبب في ذلك، أن النبي ﷺ

(سأل صفوان بن أمية أن يعيره سلاحه فأبى عليه، فقال ﷺ: عارية مضمونة مؤداة)^(١)، فاختلف الناس في قول النبي ﷺ مضمونة مؤداة، قال بعض: ليس في قول النبي ﷺ عارية مضمونة مؤداة ما يجب الضمان، لأنها أمانة، وأنه لا يملكها، وأن عليه أن يرد الأمانة إلى صاحبها، فسييلها كسبيل سائر الأمانات، لا يلزمه فيها إلا الحفظ لها، وهذا إخبار عن التزامه بحفظها حتى يؤديها، واستعماله لها بأمر صاحبها، فإن تلفت بغير تعدٍ لم يكن ضامناً، وقال آخرون: معنى قوله ﷺ (عارية مضمونة مؤداة)، أي أنا لها ضامن حتى أؤديها لك، ولو لم تكن مضمونة بهذا القول كان فيه تغريم لصاحبه، وقال آخرون - وهو المأخوذ به عند أصحابنا - إن المستعير متى شرط لصاحب العارية ردّها أو شرط عليه ربّها كان لها ضامناً، وهذا القول أعدل وأشبه بظاهر السنة، وإذا لم يشترط، لم يكن عليه ضمان إلا بالتعدي فيها: لأنها لم تنتقل عن ملك ربها، وقال أبو عبدالله محمد بن بركة: وقال أصحابنا: العارية لا تكون مضمونة إلا بالتعدي، وإن اشترط صاحبها على المستعير ضمانها ضمن، وقالوا: وإن شرط صاحب الأمانة الضمان على المؤتمن لم يضمن، وكان شرطه باطل، فيجب ألا يكون في العارية ضمان، وإن شرط فيها، لأن ما أصله غير مضمون يجب أن يكون الشرط لا يوجب ضمانه، كما أن أصل ما كان مضموناً لا يبطل ضمانه بالشرط، واختلفوا في المضاربة إذا اشترط ربها على المضارب ضمانها، فقال أكثرهم: يصح

(١) رواه أحمد وإبو داود .

الشرط ، وليكون المال قرضاً على المضارب والربح له ، وقال بعضهم الشرط باطل والمضاربة بحالها ، وهذا القول أنظر ، لأن المضاربة أمانة في يد المضارب ، وهذا القول أشبه بأصولهم في سقوط الضمان ، لأنها في معنى الأمانة ، والله أعلم .

وكان شريح ممن لا يرى تضمين العارية إذا ضاعت إلا بالتعدي فيها والتضييع لها ، والمحفوظ من لفظه : ليس على المستعير غير الغل ضمان ، ولا على المستودع غير الغل ضمان ، يعني الخائن ، والأغلال : الخيانة ، في اللغة عن الأصمعي وغيره .

وفي الأثر : وإذا استعار رجل من رجل دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم حنطة ، فحمل عليها خمسة عشر مختوماً ، كان ضامناً لثلث قيمة الدابة في قول بعض الفقهاء ، وقال بعضهم : هو ضامن لثمن الدابة كلها ، وبه نأخذ ، وذلك لأنه متعد ما أمر به ، وإن استعار رجل من رجل دابة ليحمل عليها طعاماً مسمى ، فحمل عليها دون ذلك فعطبت ، كان ضامناً في قول بعض الفقهاء ، لأنه خالف ما أمر به ، وقال بعضهم : لا ضمان عليه ، وبه نأخذ ، لأن في خلافه ذلك منفعة للدابة ، والله أعلم .

وإن استعارها ليحمل عليها طعاماً من بلدة سهاها إلى بلدة سهاها فجاوز ما سمى ، كان عليه قيمة الدابة ، وليس عليه كراء في قوله بعض الفقهاء ، لأنه لا يجتمع عليه عندهم القيمة والكراء ، وقال بعضهم : عليه القيمة والكراء ، وبه نأخذ ، لأن ملك صاحبها لم ينتقل عنها ، والله أعلم .

وإن استعاره إياها على أن يحمل عليها شيئاً مسمى ، فربطها في الدار فأتى

رجل أجنبي فحمل عليها ذلك الشيء بعينه فهلكت ، كان المتعدي ضامناً ، لأنه متعديّ ، فعل بغير أمر مالكها .

وفي الأثر: وإن أرسل رجل رسولاً إلى رجل ليعير له دابة ، ليحمل عليها طعاماً من مكة إلى المدينة ، فقال الرسول للمرسل إليه : فلان أرسلني إليك لتعيّره دابّتك ، ليحمل عليها طعاماً من مكة إلى مصر ، فأعاره إياها ثم حمل عليها الرجل إلى المدينة ، لم يكن ضامناً ، وإن حمل عليها طعاماً إلى مصر فهلكت ، كان الرسول ضامناً لها ، ولا ضمان على صاحب الطعام .

وفي الأثر: أبو محمد الكباوي رضي الله عنه قال فيمن استأجر من رجل دابة ومعها ولدها ، فأفسد ولدها في أموال الناس ، أن الضمان على صاحب الدابة ، وكذلك إن أفسدت الدابة ، وأما العارية فعلى الذي استعارها ، إلا إن قال لصاحب الدابة : رد ولدها فليس عليه شيء ، وقال أبو سهل : عليه الضمان كله ، إلا إن قال له : ردّه ، وأصل المسألة فيما يوجب النظر : كل موضع يكون فيه ضامناً للدابة إن هلك ، كان ضامناً لجنايتها ، وكل موضع لا يضمنها لم يضمن جنايتها ، وهذا إذا كان الهلاك من قبيل غيره ، والله أعلم .

وفي كتاب أبي عبد الله : فمن أعار إنساناً عارية إلى وقت معلوم ، لم يكن له أخذها قبل انقضاء المدة من طريق الديانة ، وعلى صاحبها الوفاء للمستعير

قوله : الرجل ، أي المرسل .

قوله : وأصل المسألة الخ ، هذا يدل على اختيار قول ثالث ، فإن كلاً من المستأجر والمستعير لاضمان عليهما إلا بالتعدي أو بشرط الضمان ، والله أعلم .

بوعده ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(١) . وقال في موضع آخر: ﴿لم تقولون ما لا تفعلون﴾^(٢) ، وقال أصحابنا : وعلى الحاكم أن يحكم في ردّ العارية إذا طلبها ، ورجع عن الشرط قبل تمامه ويسمونه منافقاً لخلفه ، والنظر يوجب عندي أن الحاكم يجب أن يحكم على ربه بالوفاء للمستعير لأنه إن حكم بغير ذلك ، حكم بنقض طاعة وإلزام معصية ، ولا يجب للحاكم أن يحكم إلا بما يكون طاعة ، والله أعلم .

والعارية تكون في الأرضين والدور والحيوان والمتاع وجميع ما يعرف بعينه ، إذا كانت منفعة مباحة الاستعمال .

وإن أذن له أن يبني في أرضه بيتاً ويسكن فيه إلى أجل معلوم ، فبنى فيها ، ثم بدا لصاحب الأرض ، فأخرجه قبل تمام الأجل ، فإنه يعطيه عنه قيمة النقص إن أدخله من خارج ، لأنه لم يُتم له شرطه ، والنقص تابع للأرض ، وأما إن لم يخرججه إلا بعد تمام الأجل ، فإنه يعطيه عنه قيمة النقص إن أدخله من خارج ، لأنه لم يُتم له شرطه ، والنقص تابع للأرض ، وأما إن لم يخرججه إلا بعد تمام الأجل ، قد ذكر في الأثر قولان : قال بعضهم ، عليه أجر عنه : وقال بعض : ليس عليه شيء .

قوله : والنقص تابع للأرض ، أي فلا يهدم .

(١) المائدة : ١ .

(٢) الصف : ٢ .

وأما قيمة النقض الذي أدخله فيه ، فإنه لا يدرك قيمته . وأما إن لم يجعل له أجلاً ، فمتى ما أخرجه فله أجر عنه ، وقيمة النقض إن أدخله من خارج ، ففي الأثر أيضاً : وإذا أعار رجل لرجل أرضاً يبني فيها ويسكن ، ولم يوقت له ثم بدا له أن يخرجها ، لم يكن له ذلك حتى يعطي قيمة النقض ، وإذا أعاره إلى وقت ، فليس له أن يخرجها إلا إلى ذلك الوقت ، ويقول له : انقض بناءك ، فعلى هذا القول ، أن البناء للمستعير وعليه أن ينقله ، إلا إن اتفقا على ذلك ، وعلى قول الآخرين ، أن البناء للمعير بالشرط ، وهو الأجل المذكور ، والله أعلم .

وأما إن أذن له أن يغرس في أرضه إلى أجل معلوم ، فغرس فيها ودياً ، فإن شرط له أن يأكل إلى أجل ، وتكون الأشجار لصاحب الأرض فهما على اتفاقهما ، وإن لم يتفقا على ذلك في بدء أمرهما ، فإنما تكون الودي لصاحبها وتكون له هناك في تلك الأرض ، وليس عليه نقصان قيمة تلك الأرض ، لأنه إنما غرس بأمر صاحب الأرض .

وأما إن غرس فيها الودي مما ليس له عروق ، فمتى ما أخرجه فله قيمة ما غرس فيها وله أجر عنه أيضاً ، وهذا إذا أذن له بغير الأجل .

قوله : قيمة النقض ، أي إذا أدخله من خارج ، كما يؤخذ مما تقدم ، ولم يتكلم على العناء في هذه الصورة ، لعله لعلمه أيضاً مما تقدم .

قوله : فليس له أن يخرج الخ ، هذا هو المناسب لما خالف فيه أبو محمد أصحابنا .

قوله : ويقول له ، يعني بعد تمام الوقت ، وأما قبل ذلك فليس له عليه حكم .

قوله : للمعير ، يعني ولا يدفع شيئاً ، وقيل : يدفع العناء ، والأول أظهر .

قوله : قيمة ما غرس ، يعني بدليل أخذ العناء .

وأما إن أَجَّلَ له أَجلاً، فإذا تم الأجل وأُخرجَه فلا يدرك عليه شيئاً، وإن أخرجَه قبل الأجل، فله عليه أَجر عناء وقيمة ما أدخل فيها من خارج، والفرق بين الغروس والنقض والودي، لأن الودي معين لصاحبه لأنه له عروق، ولذلك يكون لصاحبه إذا أخرجَه صاحب الأرض، والغروس والنقض غير معينة، لأنها منتقلة عن حالها الأول، لأنها تسمى بخلاف إسمها الأول، ولذلك هي تابعة للأرض، والله أعلم.

وإن أذن أن يجوز الطريق في أرضه، فجَوَّزَه المأذون له وأراد بعد ذلك أن يمنعه فلا يجد ذلك، وقد ثبت عليه، وكذلك النهر والساقية إن جَوَّزَ الماء بإذنه وأراد منعه بعد ذلك فليس له ذلك، وقد ثبت عليه، لأن هذه منفعة للمأذون له المنفعة فقط، وكذلك إن أذن له أن يحرق في أرضه فحرق، فلا يمنعه بعد ذلك حتى يحصد زرعه، ولا يحل له منعه، لأن ذلك منه ضرر قبل أن يحصد زرعه، والضرر لا يحل، وليس على المأذون له سبيل، وإنما يجوز له المنع إذا لم يكن منه ضرر على المأذون له، وذلك في كل منفعة لا تمتنع ملك العين لصاحبها، وذلك أن يرتفقا به جميعاً، مثل ما ذكرنا في الطريق والساقية، وكذلك إن استعار من عنده دابة ليحمل عليها متاعه أو ثوباً ليلبسه أو زقّ زيت ليحمل فيه زيتَه، ثم بدا

قوله : وإن أخرجَه قبل الأجل، هذا ماش على ما عليه الأصحاب رحمهم الله، من جواز الإخراج قبل الإخراج.

قوله : فليس له ذلك، أي إذا لم يوقت.

قوله : أن يرتفقا، أي أن يتفعا والله أعلم.

لصاحب الشيء في شيء، فإنه يأخذ شيء، إن لم يدخل الضرر على المستعير، مثل أن يلقاه في الصحراء وليس عنده ما يرفع عليه متاعه، وليس عنده ثوب يستره غير ثوبه ذلك، وليس عنده ما يحمل فيه زيتته فإنه لا يدرك عليه شيء حتى يصيب أين يجعل زيتته وما يحمل عليه متاعه أو ثوباً يستره ولا يلجئه إلى ضرر، والضرر لا يحمل، لأنه غير متعد.

وأما إن سرق له ثوبه فوجده قد لبسه، فإنه ينزعه ويتركه عرياناً ولو كان ذلك في وسط الناس، وكذلك زقه وخايبته إذا وجده قد جعل فيه زيتته أو لبنه فإنه يهريق له ذلك، ويأخذ متاعه.

وأما إن باع السارق ذلك الثوب أو الخاوية لرجل آخر على وجه الحلال، فوجدهم صاحبهم عند المشتري، فإن لا ينزعهم له، ولكنه يتركه يلبس الثوب ويحمل زيتته حتى يجد ما يلبس وما يضع فيه زيتته أو لبنه ويجهتد في ذلك، ولكن يكون عليه عناء ما استعمل بعدما وجدهم صاحبهم، والله أعلم.

وفي الأثر: وعن قوم طلبوا رجلاً يأذن لهم أن يبنوا قصراً في موضع له، فأذن لهم فيه، ثم بنوا قليلاً فمنعهم، فهل يرفعون؟ قال الشيخ: إن بنوا مقدار البيوت، بنوا ما شاءوا في العلو ولا يشتغلون بنهيه، وإن لم يبنوا مقدار البيوت فليتركوا، وقال أبو الربيع: إذا بنوا شيئاً أو بنوا من بعضه، فإنهم يبنون ما أرادوا، وهذا إذا كان النقض من خارج، وأما إذا كان من داخل، ولو أتموه كله، فإنه يخرجهم ويعطيهم عناءهم وقيمة ما أدخلوه من خارج في قول أبي الربيع رحمه الله والله أعلم.

قد كمل كتاب الهبة بحمد الله وحسن عونه.

كتاب الوصايا

باب في الوصايا

والوصية للأقرب واجبة على كل إنسان بالغ صحيح العقل . إذا كان له مال يوصى به ، والدليل على وجوب ذلك ، قول الله عز وجل : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(١) ، والخير ما هنا المال ، فلما بين الله في سورة النساء ميراث الوالدين ، فكانت وصيتهما منسوخة وثبتت وصية الأقربين على حالها ، ومن مات ولم يوص فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : (من مات ولم يوص فقد ختم عمله بمعصية)^(٢) ، ففي الأثر : ولا يقال ، ختم عمله بمعصية إلا من مات على كبيرة .

وفي الأثر عن أبي المؤثر : إذا ترك الميت مالاً أكثر مما يقول المسلمون إن الوصية فيه واجبة ، ثم لم يوص لقرباته عمداً ، فأهون ما أفعل معه ، ألا أتولاه ، وإنما

باب في الوصايا

قوله : ثم لم يوص ، الظاهر أنه معطوف على قوله ، ترك ، وجمله قوله : أكثر ، الظاهر أنها صفة مال ، والله أعلم .

(١) البقرة : ١٨ .

(٢) رواه أحمد .

قيل ، الوصية للأقرب فريضة ، لأنه لا يوصل إلى إنفاذها إلا بعد موته ، وإن أعطائها وهو حي فلا يجزئه ، وأما غير ذلك من التباعات ، فإنه يمكنه الاتصال منها في حياته ، حتى لا يحتاج إلى أن يوصي بها ، فإن لم يفعل جعلوا له مخرجاً أن يوصي بها فيبرأ إذا أنفذها الوصي أو الوارث بعده ، فإن لم يفعل الوصي أو الوارث أو غيرهما ممن ينفذ ذلك عنه ، فيكون ذلك ديناً عليه ولا يحكم عليه بالعصيان مثل من لم يوص بها ؛ وإثم ذلك على الذين يبدّلونه لقوله عز وجل : ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ ، فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١) ، ولا يتوجه قوله بعدما سمعه ، إلا إلى المبدلين ، لا إلى المؤمنين المجتهدين ، وكذلك قوله : ﴿فإنما إثمهم على الذين يبدّلونه﴾ وإنما من حروف الحصر عند أهل اللسان .

وروي أنه قال عليه السلام : (ما يحق لامرئ يؤمن بالله وباليوم الآخر أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه)^(٢) ، فعلى الناس امتثال ما أصابوه مكتوباً عند رأسه ، ولو لم يكن هذا نافعاً لما نوّه رسول الله ﷺ به ، ودلّ عليه وأوجبه .

وهذه الحقوق التي تجب عليه الوصية بها ، ويكون هالكاً إذا ترك الوصية بها ، مثل إذا ترك الوصية بالزكاة إذا وجبت عليه أو الحج إذا وجب عليه أو جميع ما كان عليه من أموال الناس بالتعدي .

وأما المعاملات والأمانات ، فإذا كانت الشهادة عليها فلا يحكم عليه

(١) رواه البيهقي والترمذي .

بالعصيان إن لم يوص بها ، وأما إن لم تكن عليه الشهادة ، ولم يعلم بها ففيها اختلاف ، منهم من يقول : يهلك بذلك ، ومنهم من يقول : لا يحكم عليه بالهلاك وأمره إلى الله ، ومن قال : بهلاكه لأن ترك الوصية عنده عمداً بمنزلة الجحود لما عليه ، والجاحد لما عليه كافر ، وكذلك من ادعى ما ليس له ، لقوله عليه السلام : (المدعي ما ليس له ، والمنكر لما عليه كافران) ^(١) ، وعلى قول الآخرين : لا يهلك ما لم يجحدهما ، لأنه إنما أخذها بطيبة نفس أربابها فلا يهلك ما لم يجحدها ، ويدل على ذلك أيضاً أن أرباب الأموال يدركونها على الورثة ، ولو لم يوص بها إذا كانت لها بينة ، والوجه الأول لا يلزم الورثة إذا لم يوص بها .

وأما الحقوق التي بينه وبين الله ، من المغلطات والكفارات والعتق والأموال التي لا تنسب لأحد من الناس ، من وجوه الأجر كلها والمسكنة ، إن لم يتصل من ذلك في حياته حتى مات ولم يوص بها فقد عصى ربه ، وقيل : إن أمره إلى الله إذا ترك الوصية بمثل هذا كله فلا يحكم عليه بالعصيان ، والله أعلم .

ولا يسعه نسيان الوصية للأقرب ، ولا نسيان الوصية بالحج والزكاة عند بعضهم ، لأن ذلك تضييع منه ، وكذلك نسيان التعدي وجميع المعاملات عند بعضهم ، لأنه ركب ما هو محذور عليه ، ثم سوف التوبة حتى نسي ، فقال الله تعالى : ﴿ثم يتوبون من قريب ، فأولئك يتوب الله عليهم﴾ ^(٢) ، وفي كتاب الضياء : مسألة ، وقلتم إنكم وجدتم في الأثر فيمن توانى بالتوبة حتى نسي ،

(١) تقدم ذكره .

(٢) النساء : ١٧ .

وكان يلزمه في ذلك الذنب حق الله أو للعباد يجب عليه قضاؤه، ثم تاب واستغفر في الجملة أنه غير معذور، لأنه ركب ما كان محظوراً عليه، ثم سوف التوبة حتى نسي، قال الله تعالى: ﴿وَلَمْ يَصِرُوا عَلَى مَافَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^(١)، فإنما ذمهم بالإصرار مع العلم لا النسيان، لأنه قال: ﴿لَا تَوَاضَعُنَا إِن نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾، وقال النبي ﷺ، (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان)^(٢)، وأني أرجو أني سمعت محمد بن الحسن النزوي يقول: أحب أن أنسى ذنوبي، وكان فقيهاً زاهداً، وأرجو أن الشيخ كان يقول: إن التائب من جميع ذنوبه وعليه ذنب لا يعرفه أنه أذنبه حتى يعلم أن عليه ذنباً لا يتوب منه، قال الله تعالى في التوبة: ﴿ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ﴾، قيل قريب، قبل أن ينزل بأحدهم الموت قال: إني تبت الآن، وقال ﷺ في قوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ، قَالَ: إِنِّي تَبْتُ الْآنَ﴾، (إن الله يقبل توبة عبده، ما لم يغرغر بالموت)^(٣)، فكل تائب مقبولة توبته منه فيما علمه وما لم يعلمه إذا تاب من كل ذنب، وكان ذلك اعتقاده، لأنه إن علم بذلك خرج منه، ألا ترى إلى قولهم في المحرم إذا قال: أستغفر الله من جميع ذنوبي أجزأه، والمستحيل حتى يتوب من جميع ذنوبه التي يعلمها بعينها، ولو كان من نسي من ذنوبه، ثم تاب كان غير معذور، وكل هذا لا يخرج طبع ابن آدم منه ولم يسلم أحد منه، إلا من شاء الله، لأن الناس يركبون

قوله: حتى يعلم، لعله لا يؤاخذ به أو يعفو عنه، أو نحو ذلك.

(١) آل عمران: ١٣٥.

(٢) تقدم ذكره.

(٣) رواه ابن ماجه والدارقطني.

الذنوب وينسون ذلك ، قال الله تعالى : ﴿ولقد عهدنا إلى آدم من قبل ، فنسي ولم نجد له عزماً﴾^(١) ، فالعبيد على طبع أبيهم في النسيان ، إلا أن العبد لا يؤمر بترك التوبة والتسوية حتى ينسى ، بل عليه التوبة في كل حال وفي كل وقت ، فإن أصرَّ ، هلك قال الله تعالى : ﴿ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون﴾ ، والله أعلم .

وسواء في هذا ، ما وجب عليه بفعله أو وجب عليه بفعل غيره ، مثل الوارث إذا وجب عليه شيء من ذلك ، فأوصى به أن ينفذ أو وجب عليه بالخلافة على وصية غيره أو بالوكالة ، سواء في هذا الوارث وغيره ، إذا إنتهى إليه وجوب ذلك بعد موت الموصى به والموكل له ، فيكون بمنزلة في إنفاذ جميع ذلك في حياته ، والوصية به إذا حضره الموت ، ومن ترك الوصية به بالعمد أو بالنسيان على ما ذكرنا في الأول نسقاً بنسق ، والله أعلم .

ولا يجزىء عن الميت ما يرده الأقرب عن الأجنبي لوصية الأقرب ، ولا ما يأخذه من الوصايا التي ترجع إلى الأقرب ، إذا لم يعرف لها مذهباً ، إذا لم يخصه بوصية ، وذلك أن وصية الأقرب فريضة ، ولا يصح أداء الفرض إلا بقصد إليه ، وقال بعضهم : بل يجزىء عليه فما ذكرنا في الوجهين جميعاً ، وينقذه ذلك من الهلاك ، ولا يكون بمنزلة من لم يوص به ، فعلى قولهم هذا ، أن الفرض يصح

قوله : معذور ، ولكن الظاهر أن الجواب محذوف ، مدلول عليه بالكلام السابق ، تقديره مثلاً ، لم يصح قولهم في المحرم إذ قال والله أعلم .

(١) سورة طه : ١١٥ .

بغير نية ، والقول الأول أصح لقوله عليه السلام : (إنما الأعمال بالنيات) ، وكذلك إن أوصى لبعض أقاربه دون بعض ، فلا يجزئه ذلك لقوله عز وجل : ﴿وَالْأَقْرَبِينَ﴾ ، وقيل فيه : بأنه لا يكون مثل من لم يوص به ، وكذلك أيضاً إن قصده بالوصية على أنه ليس بالأقرب ، فصح أنه الأقرب ، أو قصده ولم يعلم أنه أقرب أو غير أقرب فهو على هذا المعنى ، والذي يجب عليه أن يقصد بوصيته قرابته هكذا لأنه فرض ، والفرض لا يصح إلا بالقصد .

وفي الأثر : وقد اتفق علماؤنا رحمهم الله في أن من قال : قد أوصيت لقرابتي ، أنها وصية صحيحة ، وإذا قال : للأقربين ، فعند بعضهم أنها ضعيفة .

وفي الأثر : وإنما يوصي الموصي للأقربين هكذا ، ويطلق الوصية عليهم ويأخذها الأقرب الذي كان قريباً عند موت الميت ، سواء كان في ذلك من كان قريباً في حين الوصية ، ومن حدث بعد ذلك .

وإنما قلنا : يوصي للأقرب ، هكذا لئلا يوصي لرجل معروف ويقصده بالوصية وهو يظن أنه أقربي له ، فإذا هو ليس بأقربه وغيره هو الأقرب ، أو يموت ذلك الرجل فيصير أقربه غيره ، فعليه أن يستأنف الوصية للأقرب إذا مات الأقرب الأول الذي قصده بالوصية أو ارتد أو حدث من هو أقربي دونه .

وإن مات ولم يعلم شيئاً من هذا ، ولم يتعمد لتبديل الوصية ، فعسى أن لا يكون عليه بأس ، وكذلك إن أوصى بجميع ما يجب عليه أن يوصي به من اتصال أموال الناس أو الاحتياط أو الكفارات وجميع ما عليه ، إذا أوصى بذلك للأقرب ، أو أوصى أن ينفذ ذلك على الأقرب فلا تجزئه تلك الوصية للأقرب

لأنهما فريضتان ، وإن أوصى للاقرب بشيء معلوم فإذا هو ليس فيه شيء ، أو أوصى بشيء معلوم فتلف ولم يعلم بهذا كله حتى مات أو ما أشبه هذا ، فليس عليه شيء لقوله عليه السلام : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما لم يستطيعوا ، وما أكرهوا عليه) ، وتجب عليه الوصية للاقرب سواء كان الأقرب غنياً أو فقيراً ، لأن وصية الأقرب كالميراث ، وهذا إذا كان له مال ، فإن لم يكن له مال فلا تجب عليه وصية الأقرب إلا من باب الاحتياط ، عسى أن يكون له مال من حيث لا يعلم ، والدليل على هذا قوله تعالى : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾^(١) ، والخير هنا المال ، وكذلك إن لم يعلم لنفسه قريباً فليوص ، فلعله يكون من حيث لا يعلم ، وليس مضيقاً عليه كما تضيق عند من له قريب معروف .

وأما ما عليه من التبعات ، فعليه أن يوصي بها ، سواء كان له مال أو لم يكن ، لأن الوصية توبة ، والتوبة واجبة عليه على كل حال ، والله أعلم .

وإذا أراد الرجل أن يكتب وصيته فليقل : هذا ما أوصى به فلان ابن فلان الفلاني في صحة من عقله وجواز من أمره : أوصى وهو ممن يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله ، وما جاء به محمد ﷺ هو الحق من عند الله وأوصى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وبرّ الوالدين أبراراً كانا أو فجاراً ، وصلة الرحم ، وحق الجار ، وما ملكت اليمين ، والقيام بالحق ، وأن يطاع الله ولا يعصى ، وأن يذكر ولا ينسى ، ثم يوصي للاقرب وما عليه من تبعات

(١) تقدم ذكرها ، البقرة : ١٨٠ .

الناس ، وما يجب عليه فيما بينه وبين الله ، مثل الزكاة والحج والعق والكفارات وما أشبه ذلك ، ثم يوصي بها أراد أن يوصي به ولا احتياط ما عليه مما لم يتيقن به .

وإن أراد أن يوصي بعد ذلك للتطوع فيما دون ثلث ماله فليفعل وليكتب اسم الخليفة والشهود ويحث عليه ويجعلها في يد أمين وحيث لا يخاف تلفها ، وإن مات هذا الوصي فليبدءوا من ماله بالكفن ثم الديون ثم الوصية ثم الميراث ، وإن مات ولم يوص فليس على الورثة شيء إلا ما علموا به من تباعات الناس ، فعليهم أن يعطوها لأربابها والباقي فليأكله الورثة هنيئاً مريئاً ، فليس عليهم منه شيء إلا إن كان مورثهم يدين بالوصية وهو من أهل الصلاح ، ثم فاجأه الموت قبل أن يوصي ينبغي لهم أن ينفقوا عليه شيئاً من ماله .

وفي الأثر: وعن بعض علمائنا رحمهم الله ، أن امرأته ماتت ولم توص فسم لها وصية ، فسئل ، فقال : إنها كانت تدين بها قبل هذا ؟

وفي الأثر أيضاً مثل هذا عن جابر بن زيد عن عائشة أنها قالت : (جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله إن أُمِّي أفلتت نفسها ، وأراها لو تكلمت تصدقت ، أفأتصدق عنها ؟ فقال له رسول الله ﷺ : تصدَّق عنها)^(١) ، فدل هذا من قولهم أن الذي يدين بالتوبة تائب وينفعه ذلك ، والله أعلم .

قوله : فيما دون ثلث ماله الخ ، فيه إشارة إلى أن ما تقدم يخرج من رأس المال وقد ذكر في أول كتاب الزكاة في ذلك قولين .

قوله : أفلتت نفسها ، أي أفلتت فجأة .

(١) رواه البيهقي وأبو داود .

فإذا ثبت فرض الوصية كما ذكرنا فإننا نبتدىء إن شاء الله بالموصي ، أعني من تجوز وصيته وما يتعلق به من المسائل ، ثم بالموصى به ، أعني معرفة الشيء الذي تجوز فيه الوصية ثم بالموصى له ، أعني من تجوز له الوصية ومن لا تجوز ، وأنواع الوصية بأحكامها إن شاء الله .

قوله : تجوز فيه الوصية ، في نسخة تصح .

باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز

فقد اتفقوا أنه تجوز وصية كل بالغ صحيح العقل، ذكراً كان أو أنثى، موحدًا كان أو مشركاً، لأن أصل الوصية الهبة، فكل من تصح هبته، تصح الوصية منه، ولا تجوز وصية العبد إلا بإذن سيده، لأنه لا يملك شيئاً وهو مملوك لسيده، فلا تصح إلا بإذن سيده، ووصية الطفل أو المجنون لا تجوز كما لا تجوز أفعالهم، وقيل في وصية المراهق أنها جائزة، وأما السكران إن لم يكن معه شيء من عقله فلا تجوز وصيته، وإن كان معه عقله فوصيته جائزة، وتجاوز وصية من ذكرنا جوازها منها صحيحاً أو مريضاً، واختلفوا فيما سواها من الأفعال للمريض.

وفي الأثر: وقد قالوا: لا يجوز من أفعال المريض غير ما قال الله في كتابه: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾^(١)، يقول بالدين في قول من قال: فعند هؤلاء أن المريض كالمحجور عليه ماله إلا فيما قال الله في الوصية والدين واستدلوا أيضاً بقول أبي بكر رضي الله عنه حين حضرته الوفاة لعائشة وقد وهب لها جزاً من عشرين وسقاً تمرأ فلم تقبضه حتى حضرته الوفاة، فقال لها: إنك لم تقبضيه وهو اليوم مال الورثة، فدل ذلك أن فعل المريض ليس جوازه كجواز الصحيح في البيع وغيره.

وفي رواية أن أبا بكر الصديق قال لعائشة: بنيتي، وددت لو أنك قبضتيه وهو اليوم مال الوارث.

(١) تقدم ذكرها.

فإن باع أو وهب فعلى الورثة أن يتّموا ذلك إن شاءوا أو ينقضوه ويعطوا ثمن المال الذي باعه إن كان قبض الثمن، أو قيمة المال الذي قضاه بحق عليه لمن قضاه إياه .

وقال بعضهم: كل ما أخرج به المريض من مالٍ بغير عوض مثل هبته وإباحته وتبرّته من التبعات التي تكون له على الناس وما تصدق به إذا مات في مرضه الذي مات فيه فذلك كله من الثلث بمنزلة الوصية، وقياساً عليها، ويعضد ذلك قوله عليه السلام: (جعل الله لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم)^(١)، فجائز تصرفه فيما جعله الله له، وهذا لغير الوارث .

وأما الوارث فلا يجوز له من ذلك شيء، لأنه لا وصية لوارث إلا إن برىء من مرضه فيجوز جميع أفعاله في مرضه لوارث كان أو لغيره، لأن ما كان عندهم ضعيفاً بالمرض كان قوياً بالصحة .

ومنهم من يقول: إن أعطى جميع ماله في مرضه لأجنبي، فبرىء من مرضه فإنه يرد من ماله مثل ما ترد الورثة والأقربون، وإن أعطى للأقرب فإنه يرد منه الثلثين، وإن أعطاه لوارث فإنه يرده كله، فعلى هذا القول إنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له بعد موته .

وفي الأثر: وما تحمّل به المريض في مرضه فهو من الكل، ومنهم من يقول:

قوله: وما تحمّل به المريض، بدليل آخر الكلام .

(١) رواه النسائي وأبو داود والترمذي .

هو من الثلث ، لأن هذا معروف ، ومعروف المريض من الثلث ، وإن تحمل على الوارث أو تحمل للوارث فذلك جائز ومنهم من يقول : إن تحمل للوارث فجائز ، وإن تحمل الوارث فلا يجوز ، ومنهم من يقول : لا يجوز في السوجهين جميعاً ، والأصل في هذه المسألة : هل هي بمنزلة الوصية أم لا ؟ والذي يوجه النظر عندي أن حمالة المريض ليست بمنزلة الوصية ، لأنها تتضمن العوض ، أعني يدرك على المتحمل عليه ما أعطى للمتحمل له ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أذن لمن يستنفع من ماله في مرضه ، فذلك جائز وما أنفذ في مرضه من وصاياه وما أعطى على نفسه للفقراء ، وما ذهب من ماله كله لأمر آخرته فهو جائز ولا ينظر فيه إلى الثلث ، وهذا القول يدل من قائله أن ذلك جائز ، لأنه غير متهم في ذلك على الورثة ، لأنه أذهب في موضع لايتهم فيه ، ألا ترى أن أذهب في وجه لايفهم منه أنه يريد بذلك عوضاً ، والله أعلم .

وأما بيع المريض إذا باع بالقيمة أو اشترى فجائز .

وكذلك ما قضى به المريض دينه الذي عليه ، أو ما قضى به في دينه فجائز ، إلا إن باع أو اشترى بالاسترخاص أو الاستغلاء فكل ما باع بالاسترخاص أو اشترى بالاستغلاء ثم مات ، فإن كان للوارث فلا يجوز ، وإن كان لغير وارث فجائز له ذلك مادون الثلث ، لأن ذلك وصية من الميت ، ويرد الورثة من ذلك ما فوق الثلث ، فإن كان ذلك مما يكال أو يوزن ، فيرده بالكيل أو الوزن ، وإن كان ذلك مما لا يكال ولا يوزن فليردوا قيمته ، وإن كان أصلاً فليردوه بالتسمية ، وإن ذهب ذلك من يد المشتري أو البائع فهو ضامن لما هو أكثر من الثلث .

ومنهم من يقول: إنما يرد منهم الورثة القيمة في ذلك كله، ذهب من أيديهم أو لم يذهب، وقال بعضهم: بالفرق أيضاً في ذلك، أعني أن للوارث ما يقابل ماله ويرد البقية على الورثة، والأقارب، والأجانب يردون بالقيمة فيما زاد من الثلث، وهذا في الأصل، وقيمة الأصل عنده، ومنهم من يقول: إذا باع المريض جاز بيعه، استرخص فيه أو استغلى بالشراء لوارث أو غير وارث، فلعل هؤلاء لم يراعوا الغبن المنهي عنه، والله أعلم.

والمريض الذي يلزم أن تكون أفعاله من الثلث، هو كل مريض لزم الفراش ويزوره الناس، ورجعت حوائجه إلى الناس من الدخول والخروج بنفسه، ولم يقدر عليها، وكذلك الأحوال المخوفة منه الموت سواء مثل الحامل إذا ضربها الطلق للولادة، أو المحدود إذا مسه ألم الضرب، والغازي إذا تراءت الجيوش، وراكب السفينة إذا دخلها الإنعطاب والانكسار، والذي لزمه القتل إذا حضر أمر القتل والقود، وبالجملة كل أمر يخاف منه الموت، ومن العلماء من يقول: في الحبل إذا تبين حملها فأفعالها من الثلث، أو دخلت شهرها في قول بعضهم.

وكذلك صاحب السفينة في قول بعضهم: من حين دخل البحر أفعاله من الثلث.

وكذلك المجروح الذي جرح الجراحات، التي يتوهم منها الموت أفعاله من الثلث.

قوله: ويرد البقية على الورثة، في نسخة على الورثة بالقيمة، وهي الصحيحة.

قوله: وقيمة الأصل عنده في نسخة، وعليه القيمة عنده، وهي الصحيحة.

قوله: القيمة، يعني ولا يرد بالتسمية.

وكذلك من طرده، من أراد قتله أو العطشان أو الجائع أو الذي غلب عليه
البرد إذا بلغ الحد الذي يخاف منه التلف على نفسه، أفعاله من الثلث .

وكذلك من حمل السيل أو السبع أو المتردي من الجبل، أو من وقع في البئر أو
أحاط به الحريق، أفعاله من الثلث .

وبالجملة كل أمر يخاف منه الموت، والله أعلم .

وأما الأمراض المزمنة، مثل صاحب الفالج والمقعد والشيخ الهرم، فأفعالهم
من الكلّ ما دامت عقولهم صحيحة، وكذلك البطون والمجنون إذا انعقدت
عللها .

باب ما تجوز به الوصية

أعني النظر إلى جنس الموصى به وقدره

أما جنسه ، فإنهم اتفقوا على جواز الوصية برقاب الأموال ، واختلفوا في المنافع ، ورقاب الأموال على وجهين : معلوم ومجهول ، فالمعلوم منها على وجهين : معين وغير معين ، فالمعين مثل أن يوصي بفدان معروف من ماله أن يخرج منه كذا وكذا ، لشيء يسميه لوصيته ، أو أوصى أن يتصدق عليه ذلك الشيء بعينه إذا كان يكال أو يوزن أو بثمنه في غير المكيل والموزون ، ومثل ذلك الدار والدابة والثوب وما أشبه ذلك من كل شيء معين مقصود إليه ، وهو أيضاً على وجهين : معلوم بالمشاهدة ومعلوم بالصفة ، وهو أن يكون في وقت الوصية غائباً ، لكنه موجود ، وغير المعين أن يوصي بكذا أو كذا درهماً أو ديناراً أو بشيء معروف ما يكال أو يوزن إذا أوصى بهذا كله أن يخرج من ماله ، أو من شيء مسمى من ماله بعد موته ، لشيء يسميه من وصيته فهو جائز ، وكذلك جميع ما كان له من الديون في ذمة الغير على هذا الحال ، سواء في هذا الذي ذكرنا من المقصود ، الشيء كله أو تسمية منه .

والمجهول ، ما ليس بمقصود إليه بالمشاهدة ولا بصفة معلومة ، ولكن ما يقع عليه اسم ذلك الشيء هكذا .

قوله : وثمنه في غير المكيل والموزون ، يعني إذا لم يكن الموصي بذلك معيناً .

وهو أيضاً على وجهين : منفصل ومتصل ، فالمنفصل مثل أن يوصي بشاة من غنمه أو بقرة من بقره أو جمل من جماله ، ومن المتاع مثل ثوب من ثيابه أو قميص من قمصه أو سيف من سيوفه ، ومن الأصول مثل نخلة من نخله أو زيتونة من زياتينه ، ومثل قصعة وقُلَّة وغيرهما من الأاني ، ومن النقض مثل حجرة وخشبة وباب وسلسلة ، ومن الحب مثل القمح والشعير ، وسواء في هذا الشيء كله أو تسمية منه .

قال بعض : يأخذ من ذلك الأوسط ، وقال بعض : يأخذ ما لا عيب فيه من ذلك ، وقال بعض : يأخذ من ذلك ما يقع عليه الاسم .

فإن قال قائل : فكيف تصح الوصية بشيء مجهول والوصية واجبة ، ولا يصح الواجب إلا معلوماً محدوداً؟

قيل له : التحديد قد وقع وهو ثلث المال ، فجعل له التخيير فيما حد ، وله أن يوصي به ، وله أن يوصي ببعضه .

والواجب أن يكون على وجوه ، فمنه ما يخير فيه المأمور ويطالب باستحقاق الاسم ، فإذا استحق الاسم خرج من العبادة ، ومنه ما يكون معيناً ، ولذلك جاز ما ذكرنا في الوصية .

وأما المتصل مثل أن يوصى له برأس هذه الشاة أو رجلها أو بجلدها فلا تجوز ، لأنها مجهولة غير منفصلة ، والله أعلم .

قوله : مثل القمح ، أي كله أو كيل منه .

وأما الوصية بالمنافع ، فقد اختلفوا فيها كما ذكرنا ، فمن أجازها ذهب بها إلى معنى الأموال ، ومن لم يجوزها فلأنها معدومة ، ولا تصح الوصية في شيء غير متملك ، أصل ذلك إذا أوصى بهال الغير، وعند الآخرين تجوز الوصية بالمعدوم بشرط وجوده ، والمنافع التي ذكرنا مثل غلة الأشجار وسكنى الدار وخدمة العبيد والدواب والغروس والبناء في الأرضين .

وفي الأثر: وإذا أوصى رجل لرجل بشار فدان عشرين سنين أو سكنى داره عشرين سنين فمات ، فليس في ذلك ما يحكمه الحاكم ، وعلى الورثة أن يوصلوا ذلك فيما بينهم وبين الله ، إذا وسعه الثلث فله ما ذكرنا من السكنى أو الخدمة وأكل الشار في العشر سنين التي تلي موت الميت ، وإن لم يكن في ذلك الفدان شار في العشر سنين التي تلي موت الميت أو في بعضها ، فليس له بعد العشرة شيء .

وكذلك إن ترك خدمة العبد أو سكنى الدار أيضاً أو أخذوا منه أو منعوا منه بغير سبب الورثة ، فليس له فيما بعد العشر سنين التي تلي موت الميت شيء ، وفيها قول آخر: إذا لم يسم الميت تلك السنين التي تلي موته ، وإن سماها فليس له بعدها شيء ، بلا خلاف احفظه فيها ، وأما إن منعه الورثة ما ذكرنا في العشر سنين التي تلي موت الميت ، فهي له في عشر أخرى بعد ذلك ، وانظر في الشار لأنها عليهم دين ، والله أعلم .

وإن أوصى بما ذكرنا من المنافع بغير الأجل ، فقد ذكر فيه الاختلاف بينهم .

قوله : وانظر في الشار، يعني هذا في خدمة العبيد ، وسكنى الدور ونحو ذلك مما ليس فيه شار .

وفي الأثر: وإن أوصى رجل بسكنى هذه الدار أو البيت أو جميع ما يسكن، سمى الأجل أو لم يسم فذلك لا يجوز، ومنهم من يقول: إذا سمى إلى أجل معلوم، جائز له ذلك فيما دون الثلث، وسواء في ذلك إن أوصى له بسكنى هذه الدار سنة هكذا أو هذه السنة أو إلى كذا من السنين.

وأما إن لم يجعل له أجلاً فلا يجوز من ذلك شيء، ومنهم من يقول: جازت الوصية بالسكنى، أجل في ذلك أو لم يؤجل، وإنما ينظر في ذلك إلى ثلث المال حتى يستوفيه الموصى له بالسكنى، وبالثلث ينزل مع الوصايا إذا كانت معه، وكذلك إذا سمى أجلاً وأحاطت السكنى بالمال فلا يجب أكثر من الثلث، وبالثلث ينزل مع الوصايا، وكذلك غلات الأشجار والأرض وخدمة العبيد وغلاتهم وذمتهم، وذمة العبد ما أُعطي له وما أُوصي له به، ونمو الحيوانات وغلاتهم على ما فسرنا في مسألة السكنى لا يزيد ولا ينقص، والله أعلم.

وأما القدر، فإن العلماء اتفقوا على ألا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثته، واختلفوا فيما دون الثلث، قال بعضهم: بالربع، وآخرون بالخمس، والمأخوذ به الثلث كما ذكرنا، لقوله عليه السلام: (جعل الله لكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم)^(١)، والأصل في هذا ما روي عن جابر بن زيد قال: بلغني عن سعد بن أبي وقاص، قال: (قد جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا ترثني إلا بُنيّة، أفأتصدق بثلثي مالي، قال: فقال: لا،

(١) تقدم ذكره .

فقلت : فبالشطر، قال : لا، ثم قال لي : الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالة يتكفون الناس^(١) ، فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث، إلا بإذن الورثة، واختلفوا فيما دون الثلث كما ذكرنا لقوله عليه السلام : (والثلث كثير)، وفي هذا الحديث أيضاً دليل على جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له . لقوله عليه السلام : (إنك أن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ لك من أن تذرهم عالة يتكفون الناس).

وفي الأثر: ما جاوز من الوصية ثلث المال فهو مردود إلى الورثة، إلا أن يجوزوا ذلك لمورثهم، فإن أجازوه قبل موت مورثهم وأرادوا ردّه بعد موته، ففي ذلك اختلاف بين الفقهاء، فبعضهم يقول : ليس لهم أن يردوها إلى الثلث وقد لزمهم إجازتها لمورثهم في حياته .

وقال آخرون : إجازتهم له في حياته كلاً إجازة، فليس يملكون في حياته ما يبيزون ولا ينكرونه ويردونه إلى الثلث بعد موته .

وأما إن أجازوه بعد موته فلا يردوه إلى الثلث بعد الإجازة، والله أعلم .

قوله : ففي ذلك اختلاف الخ ، في كتب قومنا : ان الجمهور على أنهم لا تلزمهم الاجازة ، فيجوز لهم الرجوع قبل الموت ، وفصل المالكية فالحقوا مرض الموت بما بعد الموت فمنعوا فيه الرجوع .

(١) رواه النسائي بلفظ آخر .

باب من تجوز له الوصية ومن لا تجوز

وتجوز الوصية لجميع الناس من أهل التوحيد، إلا الوارث وعبده والقاتل وعبده .

وأما الوارث لا تجوز له الوصية، لقوله عليه السلام: (لا وصية لوارث) (١).

وفي الأثر: قلت: رأيت الوالدين إذا لم يكونا من أهل الميراث، أتجوز لهم الوصية؟ قال: لا، وقد قيل: بجوازها لهما إذا لم يكونا من أهل الميراث، وهذا الاختلاف منهم يدل على أن سبب الخلاف، هل المنع لعلّة الميراث أو لغيرها؟ فإذا كان المنع لأجل الميراث جازت الوصية إن لم يكونا من أهل الميراث، وكذلك إذا أوصى الميت لبعض ورثته.

وفي الأثر: وإن أوصى لوارث فجوّزها له الورثة في حياة الموصي فلا يجوز، إلا إن جوّزوها له بعد موته، ومنهم من يقول: إن جوّز له الورثة ذلك في حياته فجائز، فهذا يدل منهم أن علّة المنع عندهم لحقّ الورثة، فإذا أجازوها جاز، والله أعلم.

قوله: أو لغيرها، يعني - والله أعلم - أن الأصل في الوالدين عدم الوصية لكونهما من الورثة في الغالب، فمنعت طرداً للباب وعبارة بالعارض.

(١) متفق عليه .

وعبدالوارث بمنزلته، لأنه ماله ووصيته، ولذلك لا تجوز الوصية لعبدالوارث، كما لا تجوز لوارث الميت، وكذلك أيضاً عبده، لاتصح له الوصية، لأنها راجعة إلى الورثة ولا وصية لوارث.

وفي الأثر: وإن أوصى لوارثه بانتصال أموال الناس أو بالحقوق التي وجبت عليه من الزكاة والكفّارات وغير ذلك فلا تجوز.

ومنهم من يقول: جائزة، والذي يوجبه النظر أن من لم يجوّز هذه الوصية للوارث دليله عموم قوله عليه السلام: (لاوصية لوارث)، فأخرجها مخرج النكرة ولم يخص وصية من وصية، والنكرة تدل على العموم، وأما من جوّز هذه الوصية للوارث فقد دل مذهبه أن المنع إنما وقع على وصية لم يجب عليه في حياته إخراجها، مثل وصية الأقرب ووصية التطوّع.

والفرق بين هذه الوصية ووصية الأقرب، أن وصية الأقرب لا تجوز إلا بعد الموت، وهذه الوصية التي للحقوق اللازمة له تجب عليه في حياته، فإذا أعطها في حياته جازت، وسواء في ذلك أعطها للورثة وغيرهم، فإذا تساوى فيها الورثة وغيرهم في حياته، وكذلك موته على هذا القول، أصل ذلك إذا أوصى لأحد ورثته بتباعة تلزم في حياته جاز له بعد موته، كما جاز في حياته، والله أعلم.

وأما القاتل فلا تجوز له الوصية، كما لا يصح له الميراث، لأنه تعجيل إلى شيء يحل له في وقت ما، فتعجل إليه قبل وقته، فحرمه عقوبة له.

وفي الأثر: سواء كان القتل عمداً أو خطأ، وسواء كان القاتل طفلاً أو

مجنوناً ، وقد ذكر عن النبي ﷺ أنه قال : (لا يرث القاتلُ قتيله عمداً كان القتل أو خطأ)^(١) ، وقاست العلماء الوصية للقاتل على الميراث كما ذكرنا ، وسواء كانت الوصية قبل الجرح أو بعده ثم مات بعد ذلك به لعموم الخبر في ذلك ، سواء في ذلك قتله وحده أو اشترك مع غيره من الناس أو من السباع أو كل من ينسب إليه القتل .

وبالجمله كلُّ قتل لا يحلُّ له وجب عليه في الدية والقود مما ولّاه بنفسه أو اشتركه مع غيره ، أو كان بأمره مما يجب عليه فيه القود والدية فلا تصح له به وصية المقتول .

وكذلك جميع من يضمن ديتَه من وجوه التضييع مثل من رآه أشرف على الهلاك فتركه حتى مات ضيعة ، إذا كان ممن يجب عليه أن ينجيه من الهلاك ، فإن أوصى له فلا تجوز وصيته ، ومن العلماء من يقول : إن قتل الخطأ لا تبطل به الوصية ، وذلك لأن الخطأ محمول على هذه الأمة ، فلا عقوبة فيه لقوله تعالى : ﴿رَبَّنَا لَا تَأْخُذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾^(٢) .

وكذلك أيضاً كل قتل يحل للقاتل بوجه من الوجوه ، فلا يبطل الوصية ، مثل من قتل وليه أو من بغى عليه أو من طعن بدين المسلمين أو المرتد أو ما أشبه ذلك مما يحل به القتل ، والله أعلم .

قوله : مما ولّاه ، لعله وليه .

قوله : بأمره ، أي بأن أمر اولاده أو عبيده أو نحو ذلك .

قوله : ممن يجب عليه أن ينجيه ، فخرج المهدور الدم .

(١) متفق عليه .

(٢) البقرة : ٢٨٦ .

وإن أوصى لرجلين فقتل أحدهما فقد بطل سهم القاتل دون الآخر، لأنه لا تكسب كل نفس إلا عليها، ولا تبطل الوصية بفعل غيره إذا لم يكن له فيه سبب ولو كان الغير طفلة، وأما إن أوصى لعبد فقتله سيد العبد فقد بطلت الوصية، لأن مال العبد لسيدته، والله أعلم.

وأما المشرك، فقد قال بعضهم لا يعطى المشرك من الوصية شيء كالميراث. وقال آخرون: ليست الوصية كالميراث، هذه تفضل وعطية وصلة رحم، كما أمر الله والقراية تصح في المسلم والكافر، والميراث ورد التعبد بها على لسان الرسول عليه السلام: (ولا يتوارث أهل ملتين) (١).

وهذه الوصية التي ذكرنا جوازها، إنما هي لمقصود، والله أعلم. والوصية جائزة للحمل إن ولد حياً، وإن وُلد ميتاً بطلت الوصية، أصل ذلك الميراث، أنه كما يصح له الميراث كذلك تصح له الوصية.

وفي الأثر: والوصية للعبد من غير سيده، قال الأكثر: هي تصح ثم اختلف أهل هذا الرأي، قال بعض: لا يجوز للسيد أخذها منه والعبد ينتفع بها، وقال قوم: هو يملكها كما يملكه، إن شاء أخذها وإن شاء تركها، قال القاضي: بهذا أقول.

وإن انتقل العبد من ملك سيده قبل موت الموصي، ثم مات بعد، فهي لسيد العبد الأول، فعلى قول من قال: هي للعبد فهي تتبع العبد أين ما كان، وإن عتق فهي له.

(١) رواه احمد والترمذي واخرجه الحاكم .

باب في أنواع الوصايا

أول ذلك الوصية للأقرب، وهي واجبة كما ذكرنا.

وفي الأثر: قلت: بأي شيء يبدأ به المرء من وصيته، قال: فقال: بأي شيء بدأ فقد أجزأه إذا أوصى بجميع ما عليه، وقد رأيت رجالاً من أهل الفضل إنما يبدوون في وصاياهم بالأقرب، ويأمرون بذلك من حضر الوصية.

ومن لم يكن له شيء من المال فليوص، ولعل أحداً من المسلمين يؤديها عنه إذا مات وليس عليه بمضيق، مثل الذي له المال.

ويوصي الرجل من ثلث ماله لأقاربه بما شاء، وأدنى ما يوصي به لأقاربه أربعة دراهم، وهي ربع دينار فصاعداً، وهي أدنى صدقات النساء، وذلك ان صدقات النساء عندهم أربعة دراهم وهو ربع دينار، قياساً على ما يقطع به يد السارق، وذلك لأن هذا عضو لا يتلف بأقل من ربع دينار الذي يتلف به يد السارق، وكذلك لا يجزىء في الفرض من الوصية أقل من أربعة دراهم، كما لا يجزىء في الصداق أقل من أربعة دراهم.

والمستحب في وصية الأقرب أن يوصي بالأصل، ومن الأصل ما فيه الزيتون والنخلة، لأنها أكثر احتمالاً للعطش من غيرها من الشجر، والوصية للأقرب

قوله: أربعة دراهم، إن جعلنا صرفه على ما هو المتعارف في زمننا.

فريضة، يرثها من يرث المال إذا لم يكن الذي ورثه .

وفي الأثر: وترث المرأة الأقرب من ثلاثة رجال وثلاث نسوة، فمن الرجال جدها وأخوها وابن ابنها، ومن النساء جدتها وأختها وابنة ابنها، ويرث الرجل الأقرب من هؤلاء وغيرهم، ويرث من عمته وابنة عمه وابنة أخيه وغيرهن من النساء إذا صار لهن عصبه، قربوا أو بعدوا منه، إذا لم يكن من يرث دونه، والأصل في هذا الميراث، لأن وصية الأقرب فريضة كالميراث .

وقال تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(١).

وفي الأثر: وإذا مات الرجل ولم يكن له وارث، إلا عمته وابنة عمته أو خالته أو ابنة خالته، وأوصى للأقرب، فالمال كله للعممة والأقرب لابنة العم، وقيل: بأن يكون للعممة دون ابنتها، وكذلك الخالة وابنة الخالة وغيرهن من الأرحام .

وسبب الخلاف، هل وصية الأقرب للعصبه أو لمن يرث المال إذا لم يكن من يرثه؟ فإذا كانت للعصبه فلا ترثه المرأة إلا في موضع ترث فيه المال مع العصبه كما ذكرنا، وإذا كانت وصية الأقرب لمن يرث المال إذا لم يكن من يرثه، فإن المرأة

قوله: وإنما يرث الوصية الأقرب كما يرث المال، فعلى هذا إن خلف ابناء وجدة واختا وبنت ابن وعمها، وأوصى لأقرب الناس إليه بوصية، يكون السدس منها للجدّة ولبنت الابن النصف وللأخت الشقيقة أو الابن الباقي، وليس للعم شيء. وأخبروني من اتق به، أن مشائخنا يحكمون بهذا القول، وكذلك في بني مصعب، والله أعلم .

(١) الأنفال: ٧٥ .

ترث الأقرب في كل موضع ترث المال ، إذا لم يكن من يرثه كما ذكرنا في العمة وابنتها والحالة وابنتها وغيرهن من الأرحام ، وإنما يرث الوصية الأقرب كما يرث المال ، والعبد والمشرک والقاتل ليس لهم وصية الأقرب شيء ، لأنه لا ميراث لهؤلاء ، إلا إن خص الميت العبد والمشرک بشيء بغير وصية الأقرب فلا بأس كما ذكرنا .

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل لأقاربه ولم يكن له أقارب فترجع الورثة في الأقرب ، فيرثونه كما ورثوا المال القريب منهم والبعيد ، وقيل : يرثه من كان عصبه للميت دون غيره من الأزواج وإخوة الكلاله وما أشبههم ، فهذا يدل منهم أو وصية الأقرب للعصبة ، لكنهم اختلفوا إذا بطلت رجعت الورثة ، وإذا لم تبطل رجعت إلى العصبة ، لكن قوله عليه السلام : (لا وصية لوارث) ، يمنع من ذلك لعمومه ، وعند الآخرين : لا وصية لوارث إذا كان من يرثها .

والمولى إذا مات وترك مالاً وأوصى للأقرب ، فإن من سبق إلى ماله ، له الأقرب مع المال ، لأنه لا عصبه له ، ولا فرض عليه في وصية الأقرب .

قوله : فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة ، وبهذا القول جزم في الديوان حيث ذكر أن الأقرب إنما يرثه من يرث بالتعصيب الميت بعد وارثه ، ولاحق فيه لذي سهم ، ولذلك لا يستحقها من النساء إلا الأخت وبنت الإبن ، ومراده فالأخت وبنت الإبن إذا وجد مع إحداهما من يعصبها ، كما هو ظاهر حتى تخرج عن ذوي السهام ، ففي الصورة المعروفة في الحاشية الأولى تكون الوصية للعم ، كما هو ظاهر - والله أعلم - وكان المناسب للمصنف رحمه الله أن يبين ما عليه العمل ، فإن أول كلامه يدل على إنها لمن يرث المال إذا عدم الوارث ، سواء كان من العصبة أو من ذوي السهام أو من ذوي الأرحام ، وآخر كلامه يدل على أنها للعصبة فقط ، حيث قال : فهذا يدل منهم أن وصية الأقرب للعصبة الخ .

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل لأقاربه بعشرة دنانير أو ما أشبه ذلك فمات وترك بنيه فورثوا ماله، ولبنيه أولاد، وامرأة أحد بنيه حامل فهل ينتظره حتى يولد، فيقسم معهم الأقرب؟ قال: لا، وقال الشيخ أبو محمد وافي بن عمار: يتربصوا بقسمة الأقرب حتى يولد يرث معهم، ومن الحجة لصاحب القول الأول فيما يوجبه النظر، أن الوصية للأقرب، وإن كانت ميراثاً فليست ببعيدة، إنها هدية وصلة رحم، بدليل أنها بدل من الرزق الذي أمر الله به عند حضور القسمة الأولي القربى، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ﴾^(١)، وقد أجمع المسلمون جميعاً ألا يجب لقريب واحد وصية وإعطاء وقت القسمة من طريق الرزق، فإذا ثبت أن فيها معنى صلة الرحم فليست بيننا وبين صلة الحمل رحم، وعلى أن بعضهم قال - وهو الأقرب فيما أحسب - ليست بفرض فحيث شاء الميت، جعلها في الأقرب أو في فقير.

وأما قول أبي محمد فجرى على أنها ميراث، والله أعلم. وكذلك اختلافهم في رجل مات وترك أباه وأمه وأخاه وأمه حامله من أبيه أو غيره، قال الشيخ رضي الله عنه وأكرم مثواه: للأم الثلث وللأب الثلثان فلا يحجبها من الثلث إلى السدس الحمل الذي لم يولد، قلت: إن لم يقسموا حتى ولد الحمل أتكون القسمة بينهم مثل الأولى؟

قال: نعم، قد مات هذا ولم يترك إلا أخاً وحداً، والأخ الواحد لا يحجب الأم من الثلث إلى السدس.

(١) النساء : ٨ .

فقال أبو محمد أيضاً في هذه المسألة مثل ما قال في التي قبلها : للأقرب الانتظار بالقسمة حتى يولد الحمل ، فإن ولد وهو حي فيحجب الأم من الثلث إلى السدس ، وإن ولد ميتاً فلا يحجبها ، وأما الحمل الذي فأجمعوا أنه لا تجوز القسمة حتى يولد ، وإن ولد وهو حي يرث مع الورثة ويحجب فيمن يحجب ، وإن ولد وهو ميت فلا يرث ولا يحجب ، وإنما سهل اختلافهم في الحمل الذي لا يرث ، هل يحجب أم لا ؟

وذلك لأن في الأصول : من لا يرث لا يحجب ، وكيف يحجب من لا يرث ما يحجب ، فلما خالفت هذه المسألة الأصول احتملت التأويل وتعرض فيها الاختلاف ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل لأقاربه بعشرين ديناراً أو ما أشبه ذلك من غير مقصود ولا معين لأقاربه ، فمات ولم يأخذ الوصية أقاربه حتى توالد من معهم في المنزلة ، أو كان أقربهم إلى الميت في المنزلة ، أو أسلم من الشرك ، أو أعتق من العبودية ، قال بعضهم : يرث معهم في الأقرب هذا الداخل إذا كان معهم في المنزلة ، ويرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت في المنزلة .

وقال بعضهم : ليس يرث معهم إذا كان في المنزلة الواحدة ، ولا يرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت ، وهو لمن صار له عند موت الميت .

وهذه المسألة والأولى في معنى التأويل واحد ، أعني هل الوصية في ذلك بمنزلة الميراث أم لا ؟

وأما إن كان في الأقربين طفل أو مجنون أو غائب أو كانت الورثة منعوها لهم

حتى حدث هذا الداخل فلا يرث شيئاً ، لأنهم منعوا من حقهم فلا يضرهم ذلك حيث لم يكن من قبلهم .

وكذلك أيضاً : إن أوصى لأقاربه بشيء معلوم مقصود معين ، مثل هذه الدابة أو الخادم أو فداناً معروفاً أو دنانير معروفة أو ما أشبه ذلك من المقصود إليه ، فلا يدخل معهم فيه من كان معهم في المنزل ، ولا يرث دونهم إذا كان أقرب منهم إلى الميت في المنزل ، لأن ذلك لا يحتاج إلى القسمة من حيث كان مقصوداً .

فإن قال قائل : فوقت القسمة على هذا له تأثير ، قيل له : نعم ، ويعضد هذا قوله عليه السلام فيما رواه عنه : (أيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم ، فهي على قسم الإسلام)^(١) ، فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر موجب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل لواحد من أقاربه بعشرة دنانير ثم أوصى لجملة أقاربه ببائة دينار ، فلصاحب العشرة تلك العشرة التي استخصه بها ثم ينزل مع

قوله : فلا يضرهم ذلك ، أي اجماعاً .

قوله : لا يحتاج إلى القسمة ، أي مع الورثة .

قوله : للمقسوم بحكم الاسلام ، أي في ذلك الوقت .

(١) تقدم ذكره .

جملة الأقربين في المائة التي أوصى بها لجملة الأقربين فيرث معهم فيها، وقال بعضهم: يرث غيره من الأقارب هم أولى بالمائة حين استخص هذا بالوصية الأولى، وقال بعضهم: جميع الوصية لهذا المستخص حين استخصه الميت بهذه الوصية الأولى تكون له الوصية الأخيرة.

وقال بعضهم: يأخذ غيره من الأقارب من المائة عشرة عشرة، إذا كان ممن يستوي معهم في قسمة الأقارب، أو أقل من العشرة أو أكثر منها إذا كانوا ممن يختلف فيها ميراثهم في الأقرب على حساب ما ينوبهم إذا حصلت لهم تلك العشرة نحو أن يكون في الأقربين الجد والجددة وابنة الابن وابن الابن، فما بقي من المائة بعد أخذهم ما ذكرنا فينزل معهم فيه.

وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في تخصيص الميت هذا بالعشرة الدنانير، هل هو من المائة أخرج من عموم الوصية للأقربين أم هو تفضيل له بذلك على غيره، أم ليس ذلك بشيء؟ فإذا كان ذلك التخصيص له من المائة تفضيلاً له على غيره، فله تلك العشرة وما ينوبه من المائة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾^(١)، فليس في ذكر جبريل أو ميكائيل بالتخصيص ما يخرجهم من الملائكة، ويدل أيضاً على هذا إجماع الجميع أن الميت يوصي من ثلث ماله بما شاء لمن شاء بعد وصية الأقرب، وهذا القول هو الذي يوجبه النظر

(١) البقرة: ٩٨.

عندي ، وإذا كان تخصيص الميت له بالعشرة إخراج من عموم الوصية للأقربين فله ما خصه به دون غيره ، ولغيره ما أوصى له به ، ولا يدخل أحدهم على صاحبه فيما أوصى له به ، لأن الخصوص إخراج بعض ما يشمله اللفظ العام .

وأما من قال : يبنى على ما في يده من الوصية ويتحاصصون ، فمذهبه أن الوصية للأقرب فريضة ، وحكم الفرض على ماورد به الشرع ليس لأحد فيه حكم ، فحمل هذه الوصية على العموم .

وكذلك أيضاً إن أوصى لجملة الأقرب ثم استخص أحداً منهم بعد ذلك بشيء على هذا الحال ، لأن تخصيص العام يرد مقروناً معه ويرد مقدماً ومؤخراً عليه ، والله أعلم .

وأما إن أوصى لبعض قرابته دون بعض ، فلا يرد من لم يوص له من الذي أوصى له شيئاً ، ولا يجزئه تلك الوصية للأقرب من حيث لم يوف بوصية الأقرب ، وليس هو مثل من لم يوص للأقرب بشيء كما ذكرنا قبل هذا .

وفي الأثر : وإن أوصى لواحد من أقاربه هكذا ولم يقصده ، فليس في ذلك وصية ، ومنهم من يقول : الوصية جائزة ، ويكون ذلك بينهم أجمعين .

وكذلك إن أوصى لهذا أو لهذا من أقاربه على هذا الحال ، لأن هذه وصية لم تتبين ، وكل وصية لم تتبين فهي راجعة إلى الأقرب ، لأن أصل الوصية للأقرب ، لقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ ﴾ الآية ، والورثة ليس

لهم في الوصية شيء .

فإن قال قائل : أليس قد قال بعض الفقهاء ، جميع ما لم يعرف سبيله من الوصايا يتصدق به على المساكين ؟ قيل له : نعم ، لكن هذه الوصية التي ذكرنا مخصوصة في الأقرب من الميت ، وإنما يتبين سبيلها في الأقرب ، والله أعلم .

وأما إن قال : أوصيت بهذا الشيء لفلان أو لفلان أقربي أو جنبي فللورثة أن يعطوا ذلك الشيء لمن أحبوا من الذين أوصي لهما به ، وإن قال : أوصيت بهذا الشيء لفلان وفلان ، فهو بينهما بالسوية .

وكذلك إن قال : أوصيت بعشرة دنانير للحج أو للكفارة أو للاحتياط ، فيجعلون ذلك لأي وجه شأؤوا من الوجوه التي سمى ، وإن قال : أوصيت بعشرة دنانير للحج وللکفارة وللاحتياط فيقسمونها بين الوجوه الثلاثة جميعاً أثلاثاً ، وذلك أن الميت إذا خیر الورثة فجائز أن يجعلوا ذلك في وجه من الوجوه من ذلك والله أعلم . لأنها مقصود بها وجه من تلك الوجوه ، وإن كانت لم تتبين في أي وجه والله أعلم .

وكذلك أيضاً إن أوصى لأقاربه بهذا الشيء أو بهذا الشيء فجائز ، وترجع المشيئة في ذلك إلى الورثة ، ويدفعون لهم ما أرادوا ، وقال بعض : إنما يكون لهم نصف الشئين ، وسواء في ذلك تفاضلاً أو لم يتفاضلا .

والقول الأول أنظر عندي ، لأن الورثة مخيرون في الشئين ، والواجب منهما واحد وهو غير معين ، وإن تلف أحد الشئين قبل أن يدفعوا أحدهما لأقاربه

فإنهم يدفعون لهم الباقي منهما، وإن تناسل الشيطان أو أحدهما، فحكم نسل كل واحد منهما كحكمه، والورثة مخيرون.

وكذلك إن نقصا أعينهما أو تغيرا فليعطوا لهم ما أرادوا، والأقرب والأجنب في هذا سواء، وكذلك جميع الوصايا على هذا الحال.

وإن أوصى للأقرب بواحد من هذين الشئيين ولم يقصده بعينه، فهو جائز، ويتفق الأقرب مع الورثة، وإن لم يتفق معهم فهم شركاء.

وكذلك الأجنب وجميع الوصايا على هذا الحال، لأن هذه وصية مجهولة غير معينة.

وقد ذكرنا جوازها فيما تقدم، وعلى الورثة الأوسط فيها والشيطان لا يمكن فيهما الأوسط، وكذلك قالوا: الأقرب مع الورثة فيهما شركاء إن لم يتفقوا ومقدار ما يوصي الرجل لأقاربه بشيء معروف يصل إليه بعد موته، سواء كان ديناً أو عيناً، إلا إن كان ذلك مما لا يصل إليه في الحكم الظاهر وهو حلال له فيما بينه وبين الله، فلا يجزئه في وصية الأقرب، إلا إن وصل إليه بشيء من ذلك يوماً من الدهر فقد أجزأ عنه، لأنه في يده.

وكذلك إن كان الشيء في يد الأقرب، فقد أجزأ عنه، لأنه في يده، ومثل ذلك أيضاً ما غصب منه ظالم أو عبد آبق منه. فلا يجزئه في وصية الأقرب كما ذكرنا، إلا إن دخل شيء من ذلك في يد الأقرب يوماً من الدهر، ولكن لا يكل نفسه إلى ذلك. والوصية للأقرب بجميع المنافع، فقد ذكرنا ذلك في بابه وما فيه

من الاختلاف ، فلا معنى لإعادته مثل الغلة ما لم تحضر الخدمة والسكنى ومجاز الطريق والساقية وكل شيء فيه منفعة دون تمليك الغير، والله أعلم .

وكذلك أيضاً الوصية بالشفعة ، لأنها حق غير متملك ، والله أعلم .

وكذلك إن أوصى له بشيء لم يملكه فلا تجوز تلك الوصية ولا تجزئه في وصية الأقرب ، لأن الوصية أصلها الهبة ، والهبة لا تحل بغير طيبة نفس مالکها ، وكذلك ما اشتراه شراء الانفساخ فأوصى به للأقرب فلا يجزئه لأنه غير مالکة .

وكذلك إن أوصى له بكذا وكذا ديناراً من دنانيره ، وكذا وكذا شاة من غنمه ، وليس له دنانير ولا غنم ، فلا تجوز تلك الوصية للأقرب ولا لغيره .

وكذلك ما ذكرنا من الوصايا ، لأنه نسب ذلك إليه ولم يملكه .

وكذلك إن أوصى له بنخيل أو بعبيد ، وليس له نخيل ولا عبيد ، فلا تجوز تلك الوصية كما ذكرنا .

وأما إن أوصى له بكذا وكذا ديناراً أو كذا وكذا شاة أو كذا وكذا نحلة من ماله أو أن يخرج من ماله فذلك جائز ، لأنها وصية في الذمة ، والله أعلم .

وإن أوصى له ببيع موقوف أو هبة موقوفة ، فحكم الشيء الموقوف موقوف ، فإن انقطع إليه ذلك الشيء ووصل إلى الأقرب فقد أجزأ عنه ، وإن أوصى رجل لرجل وهو أقربي أو أجنبي ، ولم يمت إلا وهو وارث ، فلا يأخذ من الوصية شيئاً ، لأنه لا وصية لوارث .

وأما إن أوصى له وهو وارث ، ولم يمت إلا وهو أقربي أو أجنبي ، فقال

بعضهم : يأخذ الوصية لأنه ليس بوارث ، وقال بعضهم : لا يأخذ شيئاً لأنه أوقع له الوصية وهو وارث ، فهي باطلة من أولها .

وأما إن أوصى له وهو أقربى أو أجنبي ، ولم يمت الموصي إلا وهو أقربى أو أجنبي فليأخذها ولا بأس لأنه ممن تجوز له الوصية ، والله أعلم .

وإذا أوصى الرجل للأجنب بوصية ولم يوص للأقرب بشيء ، فللأقرب أن يرد على الأجنب ثلثي تلك الوصية .

وقال بعضهم : لا يرد عنه شيئاً ، فمن قال : يرد على الأجنب فإن ذلك قياس منه على الورثة ، وذلك لما كان الميت لا يصح له من ماله بعد موته إلا الثلث وما دونه لتعلق حق الورثة بالمال كان للأقرب أيضاً ثلثا ما أوصى به للأجنبي لتعلق حقه بالثلث ، كتعلق حق الورثة بالمال ، ثم إنهم اختلفوا بعد هذا في وجهين : أحدهما ، في أي وصية يردها الأقرب إلى الثلث ، والثاني ، إذا شغله الميت بشيء ، أعني إذا أوصى له بشيء ، أما الوجه الأول ، قال بعضهم : لا يعارض الأقرب جميع ما يوصي به الميت من الكفارات والأيمان والحج والانتصال ، ولا ما يوصي به للمساجد والمساكين وإصلاح السبيل وأشباه ذلك من الوصايا ، ولا يرد عنهم الثلثين ، ويرد الثلثين عن الأجنب المخصوص بها ، ما لم يوص له بها الميت على

قوله إذا شغله الميت بشيء الخ ، ظاهر التعبير بشيء يقتضي أنه لا يعارض وإن كان أقل من ربع الدينار ، والله أعلم .

سبيل الحقوق والاحتياط ، فإذا كانت على ما ذكرنا ، فلا يرد عنه شيئاً ، فهذا القول أصح فيما يوجبه النظر ، وذلك إنما يرد الأقرب من الوصايا ما يجب له ، فإذا أزاحها عنه الميت إلى غيره رَدَّها إلى الثلث .

وأما ما كان على سبيل الحقوق والاحتياط فلا ، لأنه واجبة على الميت في حياته ، فإذا أداها فقد أدَّى ما عليه .

وكذلك إذا أوصى بها بعد موته ، وقال آخرون : كل وصية تخرج من الثلث يعارضها الأقرب ، وأما التي تخرج من الكل فلا يعارضها ، وقد ذكر في الأثر : ومن أوصى للفقراء ولم يوص للأقربين ، فللأقربين الثلثان عند علمائنا رحمهم الله ، وقد قال بعض : إنها ليست بفرض ، فحيث شاء الميت جعلها في الأقرب والفقير .

وأما الوجه الذي شغل الميت الأقرب بشيء ، ففي الأثر : وإذا أوصى الرجل للأقرب وأوصى لاجنب الآخر ، فذكر الشيخ رضي الله عنه ، عن أبي محمد خصيب بن إبراهيم ، أنه قال : دع منك كثرة الأقاويل ، إذا أوصى للأقرب بشيء فقد شغله عن الثلثين ، وقال بعضهم : يرد الأقرب من الأجنب ، ويعتد بما في يده حتى يستكمل الثلثين ، وقال بعضهم : يرد عليه ثلثي ما في يده ولا يعتد بما في يده هو ، وقال بعضهم : لا يرد عنه شيئاً أوصى له أو لم يوص له .

قوله ومن أوصى للفقراء الخ ، ينظر ما الفرق بين الفقراء والمساكين ، فإنه ذكر ان الأصح في المساكين أنهم لا يعارضون ، وأنه لا يعارض الاجنب المخصوص على ما تقدم ، اللهم ان يقال : أراد بهم من الفقراء المعينين ، أو هذا قول آخر ، وهو ظاهر كلام السؤالات ، وكذلك إن أوصى للفقراء فللأقربين ثلثا الذي أوصى به للفقراء .

وإن أوصى لواحد من أقاربه بدينار ولآخر بدينارين ، وأوصى للأجنبي بعشرة ، فليردوا عنه الثلثين ، فيقسماها بينهما نصفين على ما ذكرناه من الاختلاف في المسألة الأولى فيما يرد عن الأجنب ، وفي قسمة ما ردُّوه بينهم .

وإن جوَّز الأقرب تلك الوصية للأجنب فلا بأس لأنه حقه ، وكذلك إن جوَّز له أحد الأقربين فلغيره أن يرد من الأجنب ما ينوبه من الثلثين .

وأما إن جوَّز الأقرب للميت أن يوصي للأجنب ، فأوصى له ، فمات فله أن يرد عليه ثلثي الوصية ، ولا تضره إجازته ، لأن الوصية للأقرب فريضة من الله ولا تزيح الفرض تلك الإجازة .

وإذا أوصى الرجل للأجنب ولم يوص للاقرب ، فإن الشهود يشهدون للأجنب على الورثة بالوصية من غير حضور الأقرب ، ويحكم له الحاكم أيضاً بغير حضوره ويعطيها له الورثة من غير حضوره ، ولا يشهد الشهود للأقرب إن دعاهم للشهادة بغير أمر الأجنبي ، ولا ينصب الحاكم الخصومة بين الأقرب والورثة على تلك الوصية بعدما أخذها الأجنب .

فقد دلَّ هذا منهم ، أن الوصية للأجنب إذا أوصى له الميت ، ما لم يرد منها الأقرب الثلثين وهو الذي يوجبه النظر عندي ، لأن الأقرب مخيَّر بين إجازة الفعل

قوله : ولا تزيح الفرض تلك الإجازة ، نظير هذا ما ذكره في ذواقة الجار ، إذا تحالوا فيما بينهم واتفقوا على إسقاطه لأنها حق الله .

للأجنبي، وبين أن يرد منه الثلثين، ولأن الأقرب أيضاً لا يدرك منها شيئاً، ولا يجب له إلا بعد قبول الأجنب لها.

وكذلك لا يدركها على الورثة قبل أن يقبضها الأجنب ولو قبلها، ولا يجب على الأجنب قبولها، وأما قبضها بعد قبولها فواجب فيما بينه وبين الله دون الحكم.

ومثل ما ذكرنا إذا جمع الميت رجلين في الوصية أقرين أو أجنبين فعورضا فيها، وأراد أحدهما أن يخاصم ويستشهد عليها. وأما الآخر فإنه لا يدرك عليه ذلك في الحكم، ولا يشهد له الشهود وحده، لأن الشهادة عند الشهود وديعة لهما جميعاً لا يدفعهما لأحدهما دون الآخر، ولكن ليس لصاحبه أن يعطل عليه ذلك في جميع الوجوه التي ذكرنا، فإن عطل حتى هلك، فهو لما ينوب صاحبه ضامن فيما بينه وبين الله دون الحكم على ما ذكرنا، وإن أخذها الأجنب من الورثة فتلفت في يده، فهو ضامن لما ينوب الأقرب منها إذا ضيعها، وإن هلكت بأمر غالب، فلا ضمان عليه منها، لأنه أمين فيها وليس بمتعد، والله أعلم.

وما جاوز ثلث المال إذا أوصى به الميت للأجنب، بإذن الورثة فليس للأقرب أن يرد من ذلك إلا ثلثي الثلث، ولا يرد أكثر من ذلك، لأنه من الورثة مثل الهبة.

ومثل ذلك أيضاً إذا أحاطت الديون بماله، فأذن له الغرماء أن يوصي بماله كله أو بعضه فمات فليس للورثة أن يردوا الوصية إلى الثلث، ولا للأقرب مما يرد الأقرب عن الأجنب شيء، لأن ذلك من الغرماء مثل الهبة، أصل ذلك إن

أذن رجل لرجل أن يوصي في ماله بوصية فأوصى فيه ، فمات الموصي فليس للورثة ولا للأقرب منها شيء كما ذكرنا .

وأما إن وهب له شيئاً من ماله أولاً ، ثم أوصى فيه بعد ذلك ، فتلك وصية في ماله ، فللورثة أن يردوها إلى الثلث ، وللأقرب معارضة الأجنب فيما خص به ، كما ذكرنا .

وفي الأثر: وإذا أوصى الرجل ، قال : أوصيت بعشرة دنانير لهذا الرجل وهو أقربي ، فإذا هو ليس بأقربي وأقرب منه غيره ، فيرد الأقرب منها الثلثين ، وللموصى له الثلث .

وإن قال : أوصيت لأقربي بعشرة دنانير وهذا هو الرجل ، فإذا هو ليس بأقربه وغيره هو الأقرب ، فليأخذ الوصية الأقرب ، وليس لهذا الموصى له منها شيء ، وذلك لأن لفظ الوصية أولاً إنما هي للأقرب .

وإن كان أقارب الموصي رجالاً ونساء ، فالوصية بينهم كما ذكرنا ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنها ميراث إذا أراد الموصي بها وصية الأقرب ، وإذا أراد غير وصية

قوله : فليس للورثة ولا للأقرب منها شيء ، يؤخذ منه حكم ما يفعله أهل زماننا لمن تصدق عليهم بجميع ماله ، فيلتزمون له بعد ذلك قدرأ معلوماً يدفعونه عنه بعد موته في وصيته ، وهذا ظاهر إذا لم يشترط عليه ذلك ، والله أعلم ، فليراجع . وربما كان ما يفعله الناس داخلاً في قوله : وأما إن وهب له شيئاً من ماله أولاً ، ثم أوصى فيه بعد ذلك الخ ، لأن هذه الوصية في الحقيقة وصية في ماله ، لأنه لولا ماله ما التزم له شيئاً ، وهذا الظاهر والله أعلم .

الأقرب ، مثل الديون والحقوق وما أشبهها فليأخذوا على الرؤوس ، وسواء في هذا الرجال والنساء ، إلا إن بيّن التفاضل بينهم .

وكذلك إن أوصى لأقاربه بكذا وكذا وفيهم الرجال والنساء على أن يقسموها بالسوية فذلك جائز ، ويكون ما زاد لذي السهم الناقص على سهمه صلة من الميت .

وكذلك أيضاً إن أوصى بشيء معلوم لرجل وامرأة وهما أقرباؤه ولم يذكر الأقرب فالوصية لهما جائزة ، ويقتسمانها بالسوية ، وتجزئة تلك الوصية للأقرب ، لأنه لم يذكر وصية الأقرب ، والله أعلم .

وفي الأثر من بعض كتب المتقدمين : وإذا أوصى الرجل لذوي قرابته بالثلث ، فإن ذوي قرابته كل ذي رحم محرم منه ، فإن كان له عمّان وخالان وله ولد يحجب ميراثه ، فالثلث لعميه ، لأنها أقرب من الخالين ، وأدنى ما يكون من ذوي القرابة اثنان فصاعداً ، ولو كان عم واحد وخالان ، كان للعم النصف وللخالين النصف .

قال أبو المؤرج : إن الخالين والعم والعمين في الثلث سواء ، وليس هذا ميراثاً ، إنما هذه وصية للقرابة ، فإذا لم أقدر على أحد إلا هؤلاء أعطيته .

قوله : لأنه لم يذكر ، علة لقوله : ويقتسمانها .
قوله : اثنان فصاعداً ، أي أنها أقل الجمع عند بعضهم .

وكذلك كل ذي رحم محرم منه فالثلث بينهم سواء في الوصية ، وإن كان بعضهم أقرب من بعض .

والعمل عند أصحابنا ، أن الوصية للأقرب ميراث ، وليس العمل على ما قال أبو المؤرج في هذا عندهم ، إلا إذا أوصى الرجل لقربته بشيء من ماله على غير وصية الأقرب فجائز وحسن جميل ، لأن ذلك من صلة الرحم ، وقد أمر الله عز وجل بصلة الرحم في قوله تعالى : ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾ ^(١) ، وقال عليه السلام : (صِلُوا أَرْحَامَكُمْ وَلَوْ بِالسَّلَامِ) ^(٢) ، وصلة الرحم حق واجب في الصحة والسقم ، أن يصلهم بما ل إن احتاجوا إليه ، وإن لم يحتاجوا إلى ماله فليصلهم بنفسه وسلامه وهو أقل الصلة عندهم .

وإن أوصى لهم بكذا أو كذا من ماله فذلك جائز ، ويأخذه قرابته إلى ثلاثة آباء والموصى رابعهم ، وسواء في هذا قرابة أبيه أو قرابة أمه ، وهؤلاء الأربعة سواء انهم عبيد أو مشركون ، لأن صلة الرحم تصح للمسلم والكافر ، وقيل في المشركين : ليس لهم فيها شيء . والأول أصح ، ومن حجتهم أن القرابة إلى أربع درجات ماروي (أنه ﷺ لما نزل عليه ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ ^(٣) ، اتخذ طعاماً ثم دعا من دعا من بطون قريش إلى أربع درجات) ، وهو يقدر أن يدعو

(١) النساء : ٩ .

(٢) تقدم ذكره .

(٣) سورة الشعراء : ٢١٤ .

من يناسبه أكثر، وقال تعالى: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾، ولم يقل
عشيرتك مرسلاً، وقد اختلفوا أيضاً، قال بعضهم: أربع بالميت، وقال
بعضهم: بغير الميت، وقال بعضهم: إلى ستة آباء غير الموصي، وقال بعضهم:
إلى عشرة آباء، ومنهم من يقول: ما لم يقطعهم الشرك، ومنهم من يقول: إلا
ذوي المحارم منهم.

وقد ذكر في الأثر: وإنما تقسم هذه الوصية أثلاثاً، ثلثين لقربة الأب والثلث
لقربة الأم، وتقسم قربة الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ومنهم من يقول:
بالسوية، ودخل في هذه الوصية الحاضر والغائب.

وأما من مات بعد موت الموصي، فورثته بمقامه، ومن ولد بعد موته فلا يأخذ
من ذلك شيئاً، ولو أنه قد كان في بطن أمه.

وقيل: إنما يأخذها منهم من حضر القسمة.

وأما قربة الأم فإنهم يقسمون ما أخذوا بالسوية، وإن كان فيهم من جمع
القربتين فإنه يأخذها جميعاً، وإن لم يكن له إلا قربة الأب أو قربة الأم، فإن من
كان منهم يأخذون ذلك كله ولو لم يكن إلا واحداً، وكذلك إذا لم يبق من قربة
الأب إلا واحداً، فإنه يأخذ الثلثين من الوصية والثلث لقربة الأم، وكذلك إن لم

قوله: وإنما تقسم، هذا قسيم لما تقدم من قسمتها بالسؤالان، المراد غير وصية الأقرب.
قوله: ومن ولد بعد موته، جعله كوصية الأقرب خلافاً لأبي محمد وإني ابن عمار كما تقدم،
فقوله فيما تقدم يناسب قوله، وقيل: الخ.

يبقى من قرابة الأم إلا واحد فإنه يأخذ الثلث ويأخذ قرابة الأب الثلثين ، ومنهم من يقول : يدخل الواحد مع القرابة ويكون معهم شركاء سواء ، ومنهم من يقول : إن كانت قرابة الأب أقرب إليه من الأم فإنهم يأخذون تلك الوصية ، وإن كانت قرابة الأم أقرب من قرابة الأب فإنهم يقسمونها نصفين .

وقد ذكر في كتاب أبي عبد الله محمد بن بركة أنه قال : إن اقتسموا هذه الوصية فيما بينهم حتى لم يبق منها ما لا يحتمل القسمة ، فإنهم يعطون ذلك لما كان أقرب منهم إلى الموصي إذا كان فقيراً ، ومنهم من يقول : يعطى ذلك للفقراء قربوا أو بعدوا ، والله أعلم .

وإن أوصى لدمه أو لرحمه فذلك جائز ، ويأخذ ذلك من لا يحل نكاحه ، ومنهم من يقول : الدم والرحم مثل القرابة ، وقد ذكر ذلك ، وكذلك أيضاً وصية الجيران يأخذها كل من وقع عليه اسم الجار .

وفي الأثر : وسئل عن رجل أوصى لجيرانه بكذا وكذا ، هل يرد عليهم الأقرب ؟ قال : لا ، ويأخذ من ذلك الأغنياء والفقراء والعبيد والأحرار والنساء ، فقيل له : إن كان في جيرانه أهل الكتاب هل يأخذون أيضاً ؟ قال : نعم ، قيل له : فإن كان الذي أوصى لجيرانه عبد أو أمة هل يأخذون فيه أهل الكتاب ؟ قال : لا ، ويأخذون غيرهم من الجيران ، قيل له : هل يعد في الجيران عبده إذا كانت له

قوله : هل يرد عليهم الأقرب ؟ قال : لا إنما لم يرد لأنها كالاتصال من الحقوق .
قوله : هل يعد في الجيران عبده ، أي عبد الموصي .

امرأة حرّة أو أمة لغيره ؟ قال : نعم ، وأما أمته فلا ، والجار الذي قلناه عشرة بيوت عن يمينه وعشرة عن شماله وعشرة قدّامه وعشرة خلفه ، ومنهم من يقول : سبعة سبعة ، ومنهم من يقول : ثلاثة ثلاثة ، وهذا ما لم يجوز بينهم طريق كبير ، فإن كان بينهم طريق كبير ، فإنه يقطع حق الجار .

وفي الأثر ، وإذا أوصى الرجل بثلث ماله لإخوته وله ستة إخوة اثنان لأبيه وأمه واثنان لأب واثنان لأم فإن كان له ولد يحرز ميراثه فالثلث بين إخوته سواء ، وإن لم يكن له ولد كان لأخويه من أمه الثلث ميراثهما ، ولأخويه لأبيه وأمه الثلثان ميراثهما ، وتبطل حصة الورثة من الوصية ، ويجوز للأخوين من الأب ثلث الوصية ، والله أعلم .

قوله : وأما أمته ، أي أمة الموصي .

باب الوصية التي تخرج من الكل

والتي تخرج من الثلث

أول ذلك كفن الميت من جميع ماله ، وهو قبل الديون ، لقوله ﷺ في ميت مات بحضرته : (كفّنوه في ثوبيه اللذين أحرم فيهما)^(١) ، وأضافهما إليه وهو قبل الديون ، وكذلك البقعة التي يدفن فيها إن لم توجد إلا بالشراء ، لأن ذلك أولى من الديون في حياته ، وكذلك بعد مماته ، أعني ثوبه الذي يوارى به عورته وبيته الذي يكتنه من الحر والبرد ، والدّين من جميع المال وهو قبل الوصية ، وقد بلغنا أن النبي ﷺ قضى بالدّين قبل الوصية ، وكذلك كل ما كان على المرء من وصايا غيره من ورثته أو من غير ورثته ، فهو من جميع المال ، سبيله سبيل الديون .

وفي الأثر : قلت : رأيت وصية أبيه ووصية جده ، هل تخرج وصية جدّه قبل وصية أبيه أو يخرجان بالحصص ؟ قال : يخرجان بالحصص ، وقال ذات مرة : تخرج وصية جده قبل وصية أبيه ، قلت ، فالاحتياط والانتصاف ؟ قال : الاحتياط

قوله : وكذلك البقعة الخ ، هذا مناف لما تقدم له ، رحمه الله ، في كتاب الجنائز ، فليراجع . فإن الجمع بينهما متعسر ، وما هنا موافق لكلام أبي زكرياء رحمه الله وهو الأوفق .

(١) رواه أبو داود والنسائي .

من الثلث والانتصال من جميع المال، وبعضهم يقول: من الثلث، وكذا ما وجب عليه من زكاة ماله قال بعضهم: إذا ضيَّعها فمن الثلث، وإن لم يضيَّعها فمن جميع المال، وكذلك الوصية بالحج الواجب.

والأصل في المسألة، هل ما يجب عليه في حياته من جميع ماله يجب عليه بعد وفاته من جميعه أم لا؟ فعند بعض، أنه من جميع ماله، أصله الديون، وعند الآخرين من الثلث، والفرق بين هذه الوصايا من الحقوق الواجبة التي تلزم العبد فيما بينه وبين الله وبين الديون، أن الديون تدرك على الورثة في مال الميت ولو لم يوص بها، والحقوق لا تلزم إلا بالوصية من الميت، وأيضاً الديون لمعيّن والحقوق لغير معيّن من الناس، وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى بما فيه الكفاية، ولا معنى لإعادةّها.

قوله: وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى، أي في أول كتاب الزكاة.

باب الوصية بالاتصال والانتصال

كل تباعه كانت عليه من قبل الأنفس والأموال ، أعلم أربابها أو لم يعلمهم ، وكذلك التباعات التي لاتنسب إلى الناس مثل الفساد في المساجد وما جعل لوجوه الأجر كله إذا أفسد فيه ، فيما علم أربابها أوصى لهم وما لم يعلم فليوص لهم بها للاتصال هكذا ، ويتحاصصون كلهم في المال ، من علم صاحبها ومن لم يعلم .

ومنهم من يقول من علم صاحبها أولى ممن لم يعلم ، وهو الذي يوجبه النظر عندي على ما ذكرنا ، وسواء في هذا التعدي والمعاملات وغيره من وجوه المضمونات كلها ، والوصية بالاتصال جائزة لجميع الناس ، وارثاً كان أو غير وارث ، موحداً كان أو مشركاً ، غنياً كان أو فقيراً ، قاتلاً للموصي أو غيره إذا أوصى لهم الميت وخصهم بالوصية لاتنتصا أموال الناس ، لأنها بمنزلة الدين ، وكذلك إن أوصى لاتنتصا مال عبد فلان فجائز ، والوصية لسيده أو للعبد على قول بعضهم وتتبع العبد .

وأما إن أوصى بكذا وكذا لاتنتصا أموال الناس هكذا فلينفقوا ذلك على الفقراء ، وليس للغني والعبد والمشرک فيها شيء ، لأن سبيل ما لا يعرف سبيله

قوله : التعدي والأمانات ، في نسخة : والمعاملات وهي الصحيحة .

أن ينفق على الفقراء كاللقطة .

وقد ذكر عن ابن مسعود، أنه اشترى جارية بسبعمائة درهم، فغاب صاحبها فنشد عبدالله حولاً فلم يجد صاحبها فخرج بالثمن عند سدة بابه، فجعل يقبض ويعطي للمساكين ويقول: أَللهم عن صاحبها فإن أبى، فعني وعلي الغرم، وقال: هكذا يفعل باللقطة وبه أمر رسول الله ﷺ، وإن أمر الميت في هذه الوصية التي لانتصال أموال الناس أن تعطى لفلان فلينفقها الخليفة عليه، وإن أبى فعلى غيره، فإن كان الموصى له غنياً أو مشركاً أو عبداً أو من لا تجوز له الوصية فلينفق ذلك على الفقراء ولا يشتغل به، لأنَّ الوصية لا تجوز لهؤلاء المذكورين، ومنهم من يقول: يفعل الخليفة والورثة ما أمروا به ولو أنه لا يجزىء ذلك الميت، وأما إن لم يمت الموصي إلا وقد افتقر الغني أو أسلم المشرك أو عتق العبد، فجائز أن ينفقوا عليه تلك الوصية .

وإن كان الموصى له في حال الوصية فقيراً أو موحداً أو غير وارث ولم يمت الموصي إلا وقد استغنى الفقير أو أرتد الموحّد أو صار غير الوارث وارثاً، فلا ينفقوا تلك الوصية عليه وينفقوها على فقراء المسلمين، لأن وصية انتصال أموال الناس، سبيلها للفقراء كما ذكرنا .

وإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس، أن يُجعل للمسجد أو في سبيل الله أو للحج أو لوجوه الأجر كلها، فإنهم يجعلون ذلك فيما أمرهم به .
وأما إن أوصى بهذا الشيء أن ينفق على المسجد أو على الطريق أو على كل من لا تجوز عليه النفقة، فلا تجوز تلك الوصية، لأن المسجد والطريق ليسا ممن

ينفق عليهم ، وأهل النفقة معروفون ، فإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس أن ينفق عليه في بلد كذا وكذا أفلا ينفقوه في غيرها ، وكذلك القبيلة على هذا المعنى ، وكذلك إن سمي صنفاً من الناس ، وإن أنفقوه على غيره فلا يجوز ، وجوّز بعضهم ذلك ، لأنه كله سبيله تلك الوصية ، والدليل على ذلك إذ أطلقها الموصي .

وفي الأثر : ووصية الميت على وجهين : وجه ينفق ووجه يضر ولا ينفق ، فليس على الورثة فعله ، والذي يضر إن أمرهم أن يدفنوه في بيت مات فيه أو يدفنوه في الحريز ، فليس على الورثة شيء من ذلك ، ورخص في الذي أوصى أن ينفق عنه في بلد معروف أو على مساكين بلد معروف ، أن ينفق على الفقراء أين ما وجدهم ، وكذلك إن أوصى أن يصلح بهذا المال المسجد الفلاني ، فلا بأس أن يصلح به غيره .

وفي الأثر : وإن أوصى بكذا وكذا لانتصال أموال الناس أن ينفق عنه في الزكاة أو في الكفّارات ، أو أوصى بكذا للزكاة أن ينفق عنه في انتصال أموال الناس ، فالوصية للأول منهما ، وذلك فيما يوجبہ النظر ، لأنه لايجزىء فرض واحد فرضين .

قوله : وأهل النفقة معروفون ، ظاهره أن هذه الوصية ترجع الى الفقراء فيكون معنى قوله : فلا تجوز تلك الوصية ، أي للمسجد والطريق ، بل لغيرهم وهو الظاهر ، والله أعلم .

قوله : ورخص في الذي أوصى الخ ، هذا هو المراد من سوق هذا الأثر .

قوله : أن ينفق على الفقراء الخ ، هذا هو محل الرخصة .

وفي الأثر أيضاً: وإن أوصى بهذا الشيء لانتصال أموال الناس ، فأنفقوه في احتياط أموال الناس أو للزكاة ، فأنفقوه في احتياط الزكاة فلا يجزئهم ذلك ، لأنهم خالفوا ما أمروا به ، وأما إن أوصى بالاحتياط فأنفقوه في الانتصال فذلك جائز ، ومنهم من يجوّز ذلك في الوجه الأول ، وذلك فيما أرى ، لأنه كلها لله حسنات لصاحب المال ، وقد ذكر عن أبي سهل : أن الرجل إذا نوى في ليلة عاشوراء أن كل ما يصومه وما يصلّيه وما يتصدّق به فهو لاحتياط ما عليه من صلاة أو صيام أو احتياط فلا بأس ، وكذلك ما أكله الطير أو السارق أو النملة ، فلا بأس أن ينويه لاحتياط أموال الناس ، قال : وكان أبو محمد وارسفلاس لا يجيز ذلك ، وهذا كله فيما يوجب به النظر حسنات على صاحب المال ، وذكر أيضاً عن أبي سهل ، أن الذي أفسد في المساجد الكثيرة وأصلح ذلك في مسجد واحد فلا بأس بذلك ، لأن المساجد كلها لله .

وإن أوصى بهذا الشيء للانتصال وللاحتياط ، ولم يذكر أموال الناس فإن الأقرب يأكل ذلك ، لأنها وصية لم تتبين يمكن أن يكون انتصل من الأقرب ومن وصيته ، ومنهم من يقول : يعطى ذلك عليه كما أوصى ، لأن الانتصال معروف وأهله معروفون .

وإن قال : أوصيت بكذا وكذا لانتصال مال فلان أن ينفق عليّ فإن عرف الموصى له فليدفعوا ذلك له ، وإن لم يعرفوه فلينفقوا ذلك على فقراء المسلمين ،

قوله : أو السارق ، يؤخذ منه جواز دفع الاحتياط للفاستق ، يعني إذا كان فقيراً ، والله أعلم .

لأن ما لم يتبين له أهل فأهله الفقراء .

وفي الأثر: وإن أوصى لرجل معلوم لانتصال ماله فلا يدرك عليه في ذلك في الحكم مادام حياً، وليس على الموصي له زكاة ذلك ولا يحطها الموصي أيضاً، لأن الظاهر من الانتصال ما لزمه من الأموال مما لا يحكم عليها الحاكم ولا تلزم الورثة إلا بالوصية بها، فإذا مات الموصي وجبت للموصي له إن كان للموصي مال، فإن مات الموصي له صارت لورثته من بعده على قدر ميراثهم منه، وكذلك أيضاً إن أوصى لانتصال مال فلان، وفلان قد مات، فإن ورثة ذلك الميت يأخذون ذلك على قدر ميراثهم، وكذلك إن أوصى لورثة فلان الميت لانتصال مال مورثهم، فإنما لهم على قدر ميراثهم منه .

وأما إن أوصى لهم لانتصال أموالهم، فإنهم يقسمون ذلك بالسوية، وإن أوصى لرجل بانتصال مال فلان، وفلان المسمى ليس بوارث الموصي له فلا تجوز هذه الوصية، لأن الانتصال ليس هو للموصي له وصاحب الانتصال لم يوص له، وقال بعض: يأخذها المنسوب إليه المال وورثته، وهذا القول عندي أصح، لأن فيه براءة الموصي وللورثة جميعاً، ولأن الموصي أوصى، وإنما أخطأ في وضع الوصية غير موضعها، والله أعلم .

وإن أوصى لرجل أن ينفق عليه كذا وكذا في انتصال ماله، فإنهم ينفقون عليه ذلك ولا ينفقون على غيره ذلك، لأن التباعة له، وإن أبى أن يقبله فإنهم ينتظرونه ما لم يموت، وإن زال عقله فلينفقوه على خليفته، وإن ارتد فليعطوه له، وكذلك إن استغنى .

وإن مات فعلى ورثته على قدر ميراثهم ، وخليفة الطفل والمجنون في مقامهما
إن أوصي لهما لانتصال أموالهما .

وإن لم تكن لهما خليفة ، فعلى العشيرة أن يستخلفوا لهما ثقة يقبض لهما ،
وكذلك إن أوصى الميت بالنفقة على الطفل والمجنون فخليفتهما في مقامهما ،
وكذلك أيضاً أم الطفل أو وليه القائم بأموره ، إذا كان ثقة يقوم مقامه ، وإلا
فالوارث يقوم مقام الخليفة حتى ينفذ ذلك في مصالح اليتيم ، قال الله تعالى :
﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير﴾^(١) .

(١) البقرة : ٢٢٠ .

باب في وصية الاحتياط

والاحتياط كل ما لم يتيقن به الرجل ، أنه كان عليه وخاف على نفسه أن تكون عليه التباعة فيوصي به ، لأن من شأن المسلمين أن يأخذوا لأنفسهم الحيلة لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال : (كنا ندع سبعين باباً من الحلال مخافة أن نقع في باب من الحرام) ، وينبغي للمسلم أن يوصي للاحتياط ، لأنه قلّ من ينجو من تباعة الناس إلا من شاء الله إما بالمعاملات وإما بالتعدية ، أو ما يدخل عليه من قبل لسانه أو من قبل نظر عينيه أو بطش يديه أو سعي رجله .

قال الله تعالى : ﴿إِن السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾^(١) ، وقال ﴿وَإِنْ كَانَ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِنْ خَرْدَلٍ أَتَيْنَهَا بِهَا وَكُفِيَ بِنَا حَاسِبِينَ﴾^(٢) ، ووزن الخردلة لا يعلمه إلا الله ، وكذلك أيضاً ما يفسده عبده ومواشيه في الأموال والأنفس وما يكون عليه من قبل العيارات والموازن ، والاحتياط إنما يخرج من الثلث ، وذهب بعضهم إلى أنه مثل الانتصالي .

وفي الأثر : وأما إن أوصى لاحتياط رجل مقصود إليه ، فإنما تخرج من الكل ، فكل ما أوصى به الميت مما يكال أو يوزن لانتصالي أموال الناس أو لاحتياط

(١) الاسراء : ٣٦ .

(٢) الأنبياء : ٤٧ .

أموالهم ، فعلى الورثة أن ينفقوا ذلك بعينه .

وأما ما لا يكال ولا يوزن من الأصول كلها من الأشجار والأراضي وما اتصل بها ، فإنهم يبيعون ذلك كله بالدنانير والدراهم ، وينفقون ثمنه ، وكذلك ما لا يكال ولا يوزن على هذا الحال ، ومنهم من يقول : ينفقون ذلك كله بعينه .

وإن كانت لرجل على رجل آخر تباعة ، فقال له صاحب التباعة : لا توص بها ، فإنه إن حضره الموت وصاحب التباعة حي فليس عليه الوصية بها ، لأن صاحب الحق وسع عليه ، وإن مات صاحب التباعة قبله فقد انتقلت إلى الورثة ، وعليه الوصية لهم بها ، والله أعلم .

باب آخر

وإذا أوصى الرجل كذا وكذا للمسلمين فجائز، ويدخل في ذلك المسلمات لتغليب المذكر على المؤنث، وحكم النساء تبع لحكم الرجال، وكذلك إن أوصى للمؤمنين والقانتين وما أشبه ذلك، وقال بعض: لا يدخل في ذلك المسلمات والقانتات والمؤمنات، وحجة هؤلاء أن خطاب الرجال وخطاب النساء في ذلك مفترق، وقد ورد به القرآن في قوله: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ﴾ الخ الآية، والقول الأول عليه العمل لشمول الخطاب لهن مع الرجال عند أهل العلم إلا في أمور مخصوصة، وإذا شملهن الخطاب مع الرجال كان عليهم أن يتصدقوا على المسلمين والمسلمات كيف شاءوا، ولا ينظروا إلى التسوية بينهم في ذلك، وإن قال: أوصيت بكذا وكذا للمسلمين والمسلمات فليصدقوا بنصفها على المسلمين ونصفها على المسلمات، وإن قال: أوصيت للمسلمين أو للمسلمات فليعطوا للمسلمين جميعاً وللمسلمات ولا يقسمونها بينهم، لأن الميت يئن لمن يعطى له منهم، ومثل ذلك البيان إذا قال: أوصيت بكذا للمسلمات، فهو للمسلمات دون المسلمين، والله أعلم.

وإن قال: أوصيت بكذا وكذا للفقراء، فإنه يدخل في الإناث من ذلك الجنس، ويتصدقون بها على الذكور والإناث

قوله: ويتصدقون بها الخ، ظاهر هذه العبارة يقتضي أنه لا بد من التصديق على الإناث أيضاً، وأن التوسعة إنما هي في ترك التسوية، وفيه تأمل ظاهره.

كيف شاؤوا، ولا ينظروا في ذلك إلى التسوية بينهم، وكذلك إن أوصى لليتامى أو للمساكين أو للضعفاء .

وقد ذكر في الأثر: ويدخل في هذا الإناث من ذلك الجنس ويُعطون ذلك لثلاثة فصاعداً وذلك لأنهم لا يقدر أن يعطوا ذلك للفقراء جميعاً أو اليتامى أو المساكين، ولكن عليهم أن يعطوا ذلك لأقل ما يقع عليه الجمع .

وإن أوصى لمسلم واحد أو لیتيم أو لمسكين أو لضعيف، فإنها يعطى ذلك للذكر دون الأنثى كما أوصى .

وفي الأثر: وإن أوصى للأرامل فلا يدخل في ذلك الرجال، ومنهم من يقول: يدخلون فيه، وكذلك الأيامي فيهم الاختلاف أيضاً، وسبب اختلافهم في ذلك، هل الحكم على موجب اللغة أو على المعتاد والمتعارف بين الناس؟ والذي يوجبه النظر عندي، أن الحكم في ذلك على المعتاد والمتعارف بين الناس وليس بمستنكر، وقد ورد الشرع بمثل هذا أو غيرت الشريعة كثيراً من اللغة، وجعلتها حقائق في الشرع ومجازاً في اللغة بعدما كانت بالعكس، كالعائط والنجو والنكاح والايامان والصلاة والزكاة وما أشبه ذلك . والأيامي في لغة العرب: الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء، أبكاراً وغير أبكار، قال الله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾^(١)، أراد: أنكحوا من لا زوج له من الرجال والنساء، وكذلك الأرامل على طريق اللغة يقع على الذكور والإناث .

(١) النور : ٣٣ .

وقد ذكر ابن قتيبة ، يقال : امرأة أرملة ، ورجل أرمل ، قال الشاعر :

أحب أن أصطاد ضباً سخبلاً رعى الشتاء والربيع أرملًا

أراد لا أنثى له ، لأنه إذا سفد هزل ، وقال يزيد الرقاشي : قيل لأعرابي تمنّ ، فقال : ضباً أعور عنين بأرض كلدّة ، طلبه عنيماً لأن الماء إذا بقي في ظهره كان أسمن له ، وطلبه أعور لقلّة التفاته ، والأرض الكلدّة : الغليظة .

وإذا كانت الضباب في الحجارة وبالبعد من الماء كان أسمن لها ، وذكر عن الشعبي في رجل أوصى لأرامل بني حنيفة فقال : يعطى من خرج من كمره حنيفة ، وأنشد أيضاً :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

والتعارف بين الناس ما ذكرناه ، وقد ذكر ابن قتيبة ، أيضاً : وإنما يقع الفتيا على المشهور المتعارف المعروف ، وعلى قدر الموصي وطبقته في الناس ونبيته ، وسئل ابن عباس عن رجل مات ، وأوصى ببذنة ، أتجزىء عنه بقرة؟ فقال : نعم ، ثم قال : ومن صاحبكم؟ قيل له : من بني رباح ، فقال : وما اقتنت بنو رباح البقر ، إلا الإبل وهَمَّ صاحبكم ، أي ذهب وهُمُّه فلم يجعل الفتيا على ما يحتمله اللفظ عنده ، ولكنه قصد بها إلى النية ، ولو أن رجلاً قال : ثلث مالي

قوله : من كمره حنيفة ، الكمره رأس الذكر ، يعني فأتى بها يشمل الإناث .

قوله : وهم صاحبكم ، لعل المراد به ابن عباس ، لأنه هو الذي وهم في الحقيقة ، حيث أجاز البقرة ، والله أعلم .

لموالي، لم يكن إلا لمواليه بالعتاقة دون بني عمه وقربته وهم أيضاً مواليه، قال
الله عز وجل ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾^(١)، أي العَصَبَة، ولو قال:
للغلمان، لم يكن إلا للذكور، وقد تقول العرب للجارية: غلامه، قال الشاعر في
وصف فرس: يُهَان لها الغلامه والغلام، ولو قال: للرجال، لم يكن إلا للذكور
دون النساء، وقد تقول العرب للمرأة: رجلة، قال الشاعر:

كل جار ظل مغتبطاً غير جيران بني حيلة
هتكوا حبيب فتاتهم لم يسألوا حرمة الرجلة
وهذا من الألغاز الذي لا يذهب العلماء إليها، والله أعلم.

وإن أوصى لابن السبيل أو للمجاهدين أو للمصلين أو للحجاج أو
للمعتكفين أو للصائمين فذلك جائز كما ذكرنا، وكذلك للبر أو للأفضل البر
ولأولي البر، وكذلك إن أوصى بكذا للمسجد أو للمصلى أو للكنيسة التي
أسست على التقوى أو للكعبة أو للمقبرة أو لوجه من وجوه البر كلها فذلك كله
جائز على ما أوصى به.

وفي الأثر: وإن أوصى لبني فلان، وهم قبيلة لا يحصون، فالوصية باطلة،

قوله: لبني فلان، كأنه بدل من قوله: لبطن أو فخذ.

(١) سورة مريم: ٥.

لأنه لا يعلم كل انسان منها ماله ، وإذا أوصى لفخذ أو لبطن يُعرفون ويحصون
بثلث ماله لبني فلان ، فإن الثلث بينهم والذكور والإناث فيه سواء ، قد يحسن ها
هنا أن يقال : هذه المرأة من بني فلان ينسبها إلى قبيلتها ، وإن لم يكن على هذا إلا
الإناث فالوصية لهن ، لأنه أراد من ولد فلان ، فهذا الذي ذكرناه في القبيلة .

وأما الأب الأدنى إذا قال : أوصيت بكذا وكذا لبني فلان وفيهم ذكور
وإناث ، فالوصية للذكور دون الإناث ، وقد وردت اللغة بلفظ البنين يقع على
الذكور دون الإناث ، قال الشاعر :

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْآبَاعِدِ

وبعضهم يقول : الذكور والإناث في هذا سواء ، وخطاب النساء داخل في
خطاب الرجال ، وأما إن قال : أوصيت بكذا وكذا لأولاد فلان ، فالذكور
والإناث فيها سواء .

قال الله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (١) ،
وكذلك إن قال : لولد فلان ، فالولد يقع على الواحد والإثنين والجمع .

وإن أوصى لبني فلان وليس لفلان إلا البنات ، فإنهن يأخذن ذلك كله لأنه
أراد من ولده فلان ، وكذلك إن لم يكن لفلان إلا بنو ابنه ، فإنهم يأخذون

(١) النساء : ١١ .

ذلك لأنهم بنوه ، وسواء في هذا أولاده مشركين كانوا أو عبيداً لأنها وصية ، وأهل الوصية الهبة ، ويدخل في هذا ابنه المشرك والمختلط لوقوع الاسم عليه .

وإن لم يكن له إلا ابن واحد أو ابنة واحدة وقد قال : لبني فلان أو لأولاد فلان ، فإنه يأخذ ذلك الإبن أو الابنة ، لأن العموم يخرج على الخصوص في لغة العرب .

وفي الأثر: وإن أوصى الرجل لبني فلان بكذا وكذا ، فمات بنو فلان قبل موت الموصي فقد بطلت الوصية ، وكذلك إن أوصى لبني فلان بكذا وكذا وليس يومئذ لفلان بنون ، فَوَلَدَ بعد ذلك أولاداً فمات الموصي ، فليس لهم في الوصية شيء إذا حدثوا بعد الوصية ، لأنهم لم يوص لهم .

وأما إن قال : أوصيت لما يولده فلان بكذا وكذا ، فَوَلَدَ بعد ذلك أولاداً لهم الوصية فيما بينهم وبين الله ، وأما في الحكم فليس في ذلك ما يحكم به الحاكم ، لأن الوصية وقفت على معدوم .

وفي الأثر: وإن مات أحد من بني فلان الموصى لهم قبل أن يأخذ سهمه من الوصية ، فإن ورثته في مقامه .

وأما من ولد منهم بعد موت الموصي ، فلا يأخذ من ذلك شيئاً ولو أنه جنين في حال موت الموصي ، ومنهم من يقول : إنما يأخذها من حضرها من بني فلان في حال القسمة ، وهذا إذا كانوا قبيلة .

وأما إذا كانوا قوماً مخصوصين فلا ، لأن وصية القبيل على العموم ، والعموم يصلح للعموم وللخصوص .

وإن أوصى لأبوي فلان فجائز، والقسمة بينهم بالسوية ، وكذلك إن أوصى
لإخوة فلان أو أجداده أو أعمامه أو أزواجه على هذا الحال .

وفي الأثر: وإن أوصى رجل بعشرة دنانير أن ينفقوا على فقراء أهل كذا، فلا
ينفق ذلك إلا على فقراء أهل ذلك المنزل وينفق عليهم في ذلك المنزل وفي غيره .

وإن أوصى بعشرة دنانير أن ينفقوا على فقراء منزل كذا وكذا فينفق ذلك على
من وطن ذلك المنزل، كان من نسب أهل ذلك المنزل أو من غيره، وينفق عليه
ذلك أيضاً في ذلك المنزل أو في غيره .

وإن أوصى أن ينفق عنه في منزل كذا وكذا على الفقراء ، فينفق ذلك على
جميع من وجد في ذلك المنزل، من المسافر والسائل وغيره إذا كان من أهل
المسكنة، ولا ينفق عنه ذلك في غير ذلك المنزل، فإن وجدوه خالياً فليأتوا إليه
بالفقراء من المنازل، فينفقوا عليه فيه، ولا ينفقوا في غيره، فإنهم ما بين هذه
المسائل الثلاثة، وإن أوصى بكذا وكذا أن ينفق عليه في منازل كذا وكذا أو
لمسجد كذا وكذا، فوجدوا في تلك الناحية منزلين ومسجدين، فليجعلوا ذلك
أول منزل أو أول مسجد، فإن لم يعرفوا الأول من تلك المنازل أو المساجد فيقسم
ذلك بينهم في قول المرخصين .

وإن اقتسموا ذلك بينهم ثم علموا بعد ذلك الأول منهم فقد أجزأهم في قول
المرخصين، ومنهم من يقول: يعيد ذلك كله في الأول ويعتدوا بها جعلوا فيهم أول
مرة في القسمة، وأصل المسألة فيما يوجبه النظر ما جوزه الشرع فقد مضى

لسبيله ، وإن أوصى بكذا وكذا للعبيد أو للمشركون أو للكافرين أو للاعنين أو للعاصين أو للشياطين أو المردة أو الجن أو الملائكة أو الأغنياء ، فإنهم ينفقون ذلك على فقراء المسلمين ، وهؤلاء الأصناف المذكورين ليسوا من أهل الصدقة ، ولا تجوز لهم الوصية إلا لقوم مخصوصين ، مثل العبيد أو المشركون أو الأغنياء فيجوز لهم على وجه الحق والصلة .

وأما الوصية على العموم ، فليست بصلة ولا حق فتجوز لهم ، فتعطى لفقراء المسلمين ، لأنه قد أخطأ في وضع الصدقة فيصلح ذلك الخطأ بأن يجعل في فقراء المسلمين ، ومنهم من يقول : لا تجوز تلك الوصية .

وفي الأثر : وإن أوصى لكنايس أهل الكتاب أو أوصى بكذا وكذا بُدنة ينحرها أهل الكتاب في كنائسهم أو لأعيادهم ، أو أوصى لصنف من أصناف الملاحية كلها أو أوصى لما حرّم الله أن يشتري من ماله فينفق عنه ، مثل الخمر وجميع المحارم فلا يجوز ، ومنهم من يقول : ينفقون ذلك على فقراء المسلمين ، لأن الله عز وجل قال : ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا آيَةً﴾ (١) .

وفي الأثر : وإذا أوصى الرجل بوصية للفقراء الذين خلف الماء فيتصدقوا بها على الفقراء الذين خلف الماء كما أوصى ، ومنهم من يقول : يتصدق بها على فقراء أهل بلده وبلدنا هذه خلف الماء في قول بعضهم ، وكذلك إن أوصى بعشرة

(١) البقرة : ١٨٢ .

دنانير أن تنفق عليه ببغداد أو الأندلس أو غيرها من البلدان البعيدة، فينفق ذلك في البلد الذي أمر به الميت، ومنهم من يقول: بالرخصة أن ينفق ذلك في بلد الميت إذا منعوا من الوصول إلى تلك البلد مخافة على أنفسهم، وأصل المسألة فيما يوجبه النظر، أن أهل الصدقة معروفون وهم الفقراء، وإذا حضر الميت بها صنفاً ما، مثل إن أوصى أن يتصدق بكذا على فقراء بلد ما، فإذا امتثلوا ما أمروا به فقد أدّوا ما عليهم بالإجماع وهو الصحيح، فإذا وضعوها على الفقراء من غير تخصيص، فقد وضعوها في موضعها في قول بعضهم، وعلى قول الآخرين، قد خالفوا ما أمروا به، فإذا خالفوا ما أمروا لم يمتثلوا ما أمروا به.

فإذا لم يمتثلوا فالحق باق عليهم، ويدل أيضاً على قول الأولين: أنه إذا أوصى أن يتصدق على الأغنياء أو العبيد أو المشركين فلا تجوز، وترجع على الفقراء من المسلمين، لأن الميت وضعها في غير موضعها، وأهل الصدقات معروفون، كان فيه دليل أن تخصيص الميت بها صنفاً من أهلها تخصيص تخيير لا تخصيص وجوب، وذكر الصدقة أيضاً أو الفقراء يدل على هذا، والقول الآخر هو الصحيح، لأن فيه براءة ذمة الورثة بالإجماع إلا بالضرورة، والله أعلم.

باب الوصية في الأجر وفي سبيل الله

وإذا أوصى رجل بكذا وكذا من ماله أن تكون حبساً في سبيل الله فلا يجوز عند أصحابنا من ذلك شيء .

وفي الأثر: سألت أبو المؤرج وابن عبدالعزيز في الرجل أوصى أن يجعل داره وأرضه أو شيئاً من ماله حبساً في سبيل الله ، قال أبو المؤرج : سئل أبو عبيدة وأنا جالس عنده في ذلك ، كان ابن عباس يقول : إنما كان الحبس قبل أن تنزل سورة النساء ، فلما نزلت سورة النساء نسخت الفرائض الحبس ، قال ابن عبدالعزيز : ليس في هذا اختلاف عند أصحابنا وفقهائنا الذين نأخذ عنهم ، إنه لا حبس عن فرائض الله ، إلا أن ابن عبدالعزيز قال : وأنا أُجيز من الحبس ما كان من سلاح يحبس في سبيل الله يقوى به المجاهدون في سبيل الله ، قلت : فإن المجاهدين في سبيل الله الذين يحبس عنهم ويعطيهم إياه أُوهم الذين يخرجون إلى الروم ويجاهدون؟ قال : هو سبيل الله لاشك فيه إن شاء الله ، ومجاهدة أهل البغي من أهل التوحيد الذين نقضوا العهد وانتهكوا المحارم وهو أعظم الجهاد ، وأكبر من هذا تدينهم وتقوُّلهم على ربهم أن الله أمرنا بهذا ودعانا إليه وفرضه علينا ، قال ابن عبدالعزيز : فالتقوية بهذا السلاح الذي ذكرت أنه يُجعل في سبيل الله والذي

قوله : الذين يخرجون إلى الروم ، فيه استفهام مقدر ، على حد قولك : نعمة تمنها .

أعلمتك أُجيز الحبس فيه وحده من السلاح أن يجعل لإمام المسلمين ومن قبله من المسلمين الذين فارقوا أقوامهم من أهل الأهواء المضلة والبدع الجائرة وأن يقولوا ويعاونوا على من ناصبهم وباينهم من المخالفين لدينهم والصادقين عن سنّة نبيهم، قلت له: وكذلك لو حضر رجلاً من المسلمين الموت وقال: اجعلوا كذا وكذا من مالي في سبيل الله، ولم يسم جهاداً ولا تقوية المجاهدين في سبيل الله، قال ابن عبدالعزيز: إن كان ذلك المال الذي جعله في سبيل الله سلاحاً، فإني استحسّن هنا أن يقوى به المرابطون في سبيل الله، وإن كان ذلك المال ذهباً أو فضة أو بقرّاً أو إبلاً أو أرضاً أو نحو ذلك مما يباع فإني أجعله في سبيل الله أو في حج أو عمرة أو صدقة أو عتق أو صلة قرابة أو شيء من خصال الخير، فهو كله في سبيل الله حيث ما وجد من هذه الأمور التي ذكرت لك، فقد أجزأ عنه إن شاء الله، وقد أصاب في أنه جعلها في سبيل الله.

وفي الأثر: وإن أوصى رجل بفرسه أن يركبه فلان في سبيل الله مادام حياً فذلك جائز، وكذلك السلاح على هذا المعنى، وإن جعل لذلك مدة فهو إلى تلك المدة، وإن لم يجعل لذلك مدة فحتى يستوفي الثلث وليس له أن يستعمله في غير الوجه الذي أوصى به، وكذلك إن جعل هذا الكتاب أو المصحف أن يقرأ فيه للشواب، فلا يجوز للورثة أن يمنعوه لمن يقرأ فيهم، إلا لمن خافوا أن يفسدهم، والله أعلم.

قوله: فحتى يستوفي الثلث، أي بأن يقدر. ساؤه في كل غزوة مثلاً إلى أن يبلغ الثلث، والله أعلم.

وفيه أيضاً: وذكر عن عكرمة عن ابن عباس ، قال : كان الحبس قبل أن تنزل سورة النساء ، فلما نزلت سورة النساء قال رسول الله ﷺ : (لاحبس) ، يعنى أن الفرائض نسخت الحبس ، قال ابن عبدالعزيز: وأنا أُجيز من الحبس ما كان صدقة أو سلاحاً أو كراعاً في سبيل الله ، فما كان من حبس من ذلك قد حبسه في سبيل الله في حياته وأمضاه فهو جائز من جميع المال ، وما كان من حبس قال صاحبه : إن مات فهو حبس أو جعله في مرضه فهو من الثلث .

وفي الأثر: وإن جعل شجرة أو جباً أو نهراً للثواب فجائز، وكذلك المطحنة وكذلك جميع الحيوان والأمتعة ، ولا يجوز للورثة أن يمنعوا من ذلك أحداً ممن يجوز له الانتفاع بذلك ، ولا يتنفع الورثة بشيء من ذلك إلا إن أذن لهم الميت إلى ذلك ، وهذا كله إذا كانت وصية ، وأما إذا جعل ذلك في حياته للأجر فورثته وغيرهم في ذلك سواء ، لأنه لم تكن في حياته وصية ، ومثل ذلك أيضاً إن أوصى بهذه الأرض لمن يدفن فيها فلا يدفنه فيها ولا ورثته ، لأنها وصية ، ولا وصية لوارث ، وإن جعلها في حياته للمقبرة صارت للمقبرة وهو وورثته والناس فيها سواء ، لأنها صارت مقبرة وخرجت من ملكه ، وأما إذا أوصى بها للمقبرة فهي للمقبرة على قول بعضهم ، ومنهم من يقول : يبيعون تلك الأرض ويجعلون

قوله : وأنا أُجيز من الحبس الخ ، لقائل أن يقول : ليس له أن يجيز شيئاً من الحبس ، لأن لا حبس نكرة في سياق النفي ، فتعم .

قوله : إلا إن أذن لهم الميت ، يعنى وأذن بعض الورثة لبعض ، لقوله عليه السلام : (لاوصية لوارث) .

ثمنها لمصالح المقبرة، ومثل ذلك أيضاً إن أوصى بهذه الأرض للمسجد يجعلون ثمنها في المسجد على قول بعضهم، وعلى قول الآخرين: يمسكونها ويجعلون غلتها للمسجد ولا يجعلون ذلك لغير ما أوصى به، وكذلك أيضاً إن أوصى بكذا وكذا لمصباح المسجد أو لحصيرها أو لزقاقها أو لقلالها التي يسقون فيها الناس، فلا يجعلون ذلك للمسجد من هذه الوجوه التي أوصى بها لغير المسجد، ورخص بعضهم في ذلك، وكذلك ما بين المسجد والمصلى فلا يجعلون ما أوصى به أحدهما لغير ما أوصى به، ورخص بعضهم فيما أوصى به للمصلى أن يجعل للمسجد لأن المصلى تبع للمسجد، وإن أوصى للمسجد ولم يسمها بعينها، فإنهم يجعلون ذلك في مسجد منزله وهو أحق من غيره، وإن كان في منزله مساجد شتى، يجعلون ذلك في مسجده وهو أحق وأولى له، وإن لم يكن له مسجد فيجعلون ذلك في أقرب المساجد إليه. وقال بعضهم: يجعلونه حيث شاءوا حيث لم يسم، وإن سمى مسجداً فلا يجعلون في غيره إلا إن خرب ذلك المسجد أو لم يصلوا إليه بمعنى من المعاني فيجعلوه في مسجد من المساجد غيرها، والأصل في هذا فيما يوجبه النظر، أن المساجد كلها لله، وإن كان الميت من أهل الخلاف ولم يسم مسجداً والورثة من أهل الدعوة فإنهم يجعلون ذلك لمسجد أهل الدعوة، وإن كانت امرأة فمسجد قرابتها إذا لم تسم مسجداً لأنها مسجدها.

وفي الأثر: وإن أوصى لمسجد أهل الخلاف أو لكنيسة اليهود فلا يشتغلون بذلك ويجعلون ذلك في مسجد أهل الدعوة، فدل ذلك منهم أن وصيته لمسجد

أهل الخلاف خطأ منه ، وضعها في غير موضعها فردوها في موضعها فلا بأس ، لقوله تعالى : ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(١) ، وإن أوصى بكذا وكذا لإمام مسجد كذا وكذا أو لمؤذنها أو لقائمه أو للتلامذة الذين كانوا فيه ، فجائز ، وإن بين الميت الموصى له بذلك من هؤلاء فليدفعوها له ، وإن لم يبين لهم ذلك فإنها ينظرون في ذلك إلى من كان في ذلك الوقت عند موت الموصي .

وفي الأثر : وإن أوصى لصفة معلومة من الناس ولم يقصدهم ، فإنهم ينظرون إلى تلك الصفة يوم مات الموصي ، ومنهم من يقول : يوم ينفذون الوصية : وذلك لأن القسمة لها تأثير في ذلك وقد ذكرناه ، والله أعلم .

(١) سورة البقرة : ١٨٢ .

باب الوصية بالحج والعمرة

والوصية بالحج جائزة، وأصل جوازها ماروي (أن المسلمين قالوا: يا رسول الله أنحج عن أبويننا؟ قال: نعم: حجوا عنهم) فمضت السنة بهذا أن يحج عن الأموات، وإن مات ولم يوص به بعد ماوجب عليه مات كافراً كما قال الله، وشدد بعضهم قال: من تركه بعد ماألزمه من غير عذر حتى يقضي الحجاج مناسكهم فهو هالك، وأصل المسألة هل هو فرض على الفور أم على التراخي؟ وينبغي للمسلم أن يحج مرتين: الأولى فريضة، والثانية حوطة ويوصي بالثالثة، وإذا أراد أن يوصي بالحج فيقول: أوصيت بكذا وكذا للحج أو أوصيت بالحج أو أن يحج عني فكل هذا جائز، وكذلك العمرة وإن كان إنما وجب عليه باستطاعة السبيل فليوص بالحج والعمرة جميعاً لأنهما فريضتان عند أصحابنا، وقد ذكرنا ذلك في باب الحج وإن وجب الحج بالحنث أو أحرم به فانكسر فليس عليه أن يوصي إلا بالحج.

وفي الأثر: وإن أوصى بالحج ولم يذكر العمرة فليحج عنه، لأن الحج لايجب إلا وقد وجبت العمرة، وقيل: بأن يحج عنه فقط وليس عليهم ما لم يؤمروا به، وإن أوصى بالعمرة ولم يذكر الحج فليس عليهم إلا العمرة وإن أساغ الورثة ذلك يعني إذا أوصى بالحج ولم يذكر العمرة لوجود الاختلاف بين العلماء هل هي

قوله: وإن أوصى لصفة معلومة، أي لأهل صفة.

فريضة أم لا ؟ وإن أوصى بكذا وكذا ديناراً لاحتياط الحج فليحجوا عنه بذلك ، وإن أوصى بكذا وكذا لطريق مكة فليصلحوا بها ماوعر من طريق ، على ظاهر لفظه ، وقال بعض : يحجوا عنه بذلك لأن الحج لا يدرك إلا بالزاد ، وإن أوصى بالحج هكذا ولم يسم شيئاً مما يحج عنه فليستأجروا من يحج عنه بما شاء من ذهب أو فضة أو متاع أو حيوان أو ما أشبه ذلك من حيث لم يسم شيئاً ، وإن أوصى بكذا وكذا من ماله للحج أو في الحج فجائز ، فإن الورثة أو الخليفة يسامون فإن لم يصيبوا في ذلك إلا ما يحج به عنه مرة واحدة فليعطوه في حجة وإن أصابوا حجتين أو ثلاثاً فإنهم يعطون في كل سنة حجة لأنها لا تكون في السنة إلا حجة واحدة كالصوم إذا أوصى ثلاثة أشهر للقضاء فلا يصام عنه تلك الثلاثة الأشهر في شهر واحد ، مثل : إن أراد أن يصومهم ثلاثة من ورثته كل واحد منهم شهراً مثل ذلك الحج يعطون في كل سنة حجة ، وإن بقي من ذلك ما لم يتم به الحج فليساموا بذلك فيما دون الميقات ، وإن لم يصيبوا حجة تامة فيما دون الميقات فليشاركوا له مع غيره ممن قلّت وصاياه مثله ، ويكون الحج بينهم على قدر أموالهم ولو اختلفت الوصايا في القلة والكثرة ، والشركة في الحج إنما هي اثنان ، وقيل : بالرخصة في ثلاثة وكذلك في العتق ، وقيل : يشترك ما دون سبعة مثل البدنة ، أعني ماروي أنه ﷺ (أجاز أن تشترك الجماعة

قوله : مع صاحب النافلة ، ترك رحمه الله صاحب الفريضة ، ولعله لا يصح لأنه لا يؤدي فرضان بفرض واحد والله أعلم .

في البدنة) ولا يجاوز بعددهم السبعة ، ويشترك الرجل مع المرأة وصاحب الفريضة مع صاحب النافلة .

وفي الأثر: ولا يشاركوا صاحب الحج دون العمرة مع صاحب العمرة دون الحج ، وصاحب العمرة دون الحج مع صاحب الحج دون العمرة ، ويشاركوا لصاحب العمرة مع صاحب العمرة على مذكرنا في الحج من الفريضة والنافلة والكثرة والقلّة في الوصايا ، وذلك فيما يوجبه النظر لأن الشركة إنما تجوز في الجنس ، ولذلك قيدوا على مذكروا في الوصية ، وكذلك بين الحج والعمرة .

وفي الأثر أيضاً: ولا يشتركون مع الصبي أو المرأة أو العبد أو الخنثى والله أعلم . ولا يصح أن يحج الرجل عن نفسه وعن غيره معاً في حجة واحدة والله أعلم . وكذلك أيضاً الحج على الأموات وعلى الأحياء مختلف والله أعلم . وإن أوصى بحجتين أو أكثر ولم يجدوا في ثلث ماله أو في ما سمي إلا ما يقابل حجة واحدة فليعطوا ذلك عليه في الحجة الواحدة إذا لم يجدوا غير ذلك ولو كانت إحداهن فريضة والأخرى نافلة ويجعلون نواهم في ذلك كله على نوى الميت ، وكذلك في العتق ولا تكون الشركة له في وصاياه لنفسه مثل غيره ، أعنى في

قوله : ولا يشاركوا صاحب الحج دون العمرة الخ ، بقي عليه قسمان آخران : أحدهما اشتراك صاحب الحج دون العمرة مع صاحب الحج والعمرة ، والثاني اشتراك صاحب العمرة دون الحج مع صاحب العمرة والحج ، والظاهر الامتناع أيضاً لأنه يشترط اتحاد الجنس والله أعلم .

قوله : ولا يشتركون مع الصبي الخ ، الظاهر أن هذا الأثر مقابل لما تقدم من جواز المشاركة بين الرجل والمرأة وهو المتبادر من اشتراط اتحاد الجنس .

حجتين أو ثلاثة أو أكثر والله أعلم . وإن اشتركوا له في حجتين مع رجلين مع كل واحد منهما حجة أو رقتين مع رجلين مع كل واحد منهما رقبة فلا بأس بذلك ، لأنها شركة سواء كانت في وصاياه أو مع غيره ، وإن لم يجدوا مشاركة فليعينوا بذلك من قلَّت نفقته من الحجاج ، ويعطوا ذلك للواحد وللإثنين وما فوق كما شاؤوا ، وليعطوا للقريب والبعيد ما لم يكن وارثاً للميت أو وارثاً للوارث هكذا ذكروا في الأثر.

وفي الأثر أيضاً : وإن أعانوا من عجزت عليه النفقة من الحجاج فقد برثوا من ذلك ويكون للمدفع له ذلك ، وإن انكسر عليه العسر بمعنى من المعاني فإنه يرد ذلك لورثته ، ومنهم من يقول : يمسكه وليس عليه تباعة ولا وصية وليس على الورثة منه شيء ، وهذا القول عندي أشبه لقوله تعالى : ﴿يريد الله بكم اليسر﴾^(١) ، وأما إن أعانوا به رجلاً فتيين لهم أنه عبد أو مشرك أو من لا يجوز له الحج فإنه لا يجزيهم ذلك والخطأ في الأموال لا يزيل الضمان ، وكذلك من دفع وصية الحج لأحد من هؤلاء فلا يجزيهم ذلك ويضمن الورثة أو الخليفة ويغرموهم مادفعوا إليهم ، وأجاز بعضهم حج العبد عن الحر بإذن سيده - والله أعلم - لأنه

قوله : حجتين مع رجلين ، أي في غير سنة واحدة كما تقدم والله أعلم .

قوله : وإن انكسر عليه العسر الخ ، بأن كثر الخير وصار ما معه كافياً له واستغنى به عما أعانوه به فإنه يرده للورثة ، والحاصل أن من نظر إلى الانتهاء أوجب الرد ، ومن نظر إلى الابتداء واجازة الشرع لذلك قال : لا يرد والله أعلم ، وفي نسخة صحيحة : وإن انكسر عليه الحج وهي الظاهر لقوله بمعنى من المعاني .

مكلف مثل الحر في باب التكليف ، وإن انقطع الطريق فإنهم يعزلونها ويدفنونها ويستشهدوا عليها العدول ولا يبرؤون منها ولا ينفقون منها إلا أن أذن لهم الميت ، لأنها وصية لا يعلمون فيها إلا ما أمروا مع أنهم يرتجون أن يعملوا فيها بما أمروا .

مسألة :

وإن أوصى بكذا وكذا لمن يحج منهم عنه أو أن يحج منه أو أن يحج منها عنه فإن الورثة يعطون لمن يحج عنه حجة واحدة ، لأن من تدل على البعض في كلام العرب ويأكلون البقية ، وقيل : إن تلك البقية للأقرب لأنها وصية لم تتبين فرجعت إلى الأقرب ، وإن أوصى بكذا وكذا ديناراً لمن يحج بهم عنه ، ولو وجدوا من يحج ببعضهم عنه حتى يعطوهم كلهم لرجل واحد كما قال الميت ، وهذا منه وصية لمن يحج عنه ، وإن قال : أوصيت بعشرين ديناراً لمن يحج بهم عني منهم فليعطوها عليه لمن يحج عنه ، وقد تمت الوصية بعشرة دنائير لمن يحج منهم عني بهم ، فأنهم يأكلون البقية في هذا الوجه ، وقد تمت الوصية عند قوله : لمن يحج منهم عني ، وقوله بهم بعد تمام الوصية باطل والله أعلم . وإن أوصى بعشرة دنائير لفلان أن يحج بها عنه فليدفعوها له كما أوصى الميت ولا يعطوها لغيره ، فإن أبى فليطلبوه إلى ذلك حتى يموت أو يجيب ، وإن تلفت الدنانير في تلك المدة فليس عليهم شيء إن يضيعوا والله أعلم . وإن قال : حُجُّوا عليّ أو حجوا عني ، فإنهم

مسألة :

قوله : حتى يموت ، لم يتعرض رحمه الله تعالى لما إذا مات والظاهر أنها ترجع إلى الورثة أو إلى الأقرب قياساً على المسألة الأولى والله أعلم .

يحبسون عنه لأنها وصية ، والوصية من الثلث ولأن الحج لا يدرك إلا بالزاد ، وإن قال لهم حجوا : فليس عليهم شيء ، لأن هذا أمر منه لهم .

وفي الأثر : وإن أوصى للحج بالدنانير أو بالدراهم فليس للورثة أن يدفعوا للوصي إلا الدنانير أو الدراهم ، إلا إن جوزهم الميت إلى غير ذلك فلهم ذلك كائناً ما كان ، وإن أوصى بغير الدنانير والدراهم فإن يبيعون ذلك بالدنانير فلهم أن يعطوا الدراهم في الدنانير ، والدنانير في الدراهم ، ومنهم من يقول : كل ما أوصى به للحج فجائز لهم أن يدفعوه لمن يحج عن وارثهم ، وهذا القول عندي أصح إلا إن لم يجدوا ذلك فليبيعوا بالدنانير أو الدراهم ثم يدفعوهم للوصي وإنما يراعى في ذلك ما يصلح للميت والله أعلم .

مسألة :

وفي الأثر : وإنما يدفع الورثة أو الخليفة وصية الحج من بيت الميت ، ومنهم من يقول : من قبره ، ومنهم من يقول : من مصلاة ، وإن دفعوها من أي موضع أرادوا من منزل الموصي فقد أجزأهم ، وإن دفعوها من غير منزله فلا يفعلوا ذلك ، فإن فعلوا فقد أجزأهم فيما دون الميقات ، والصحيح من بيته لأنها وصية ، فعليهم أن يمثلوا ما أمروا به ولا يدركون هذا إلا بموته .

وفي الأثر : ويحج عن الميت من بيته الذي مات فيه أو في غيره أو أوصى فيه أو

قوله : يدفعونه : أي الورثة للوصي ، والوصي يدفع لمن يحج .

في غيره إلا إن مات على طريق الحج وهو ينوبه فليحج عنه من الموضع الذي مات فيه . وفي الأثر: سئل عن قوله : تمام الحج أن تحرم من دويرة أهلك؟ قال : هو أن تخرج من أهلك لا تريد إلا الحج والعمرة وتهل من الميقات الذي وقته رسول الله ﷺ ليس أن تخرج لتجارة أو حاجة حتى إذا كان قريباً من مكة قال : لو حججت أو اعتمرت . فهذا الخبر فيما يوجبہ النظر أثبتہ حجاً ، غير أن من تمامه أن يقصد من منزله ، وهذا في الحي والميت أشد من هذا لأنه وصية ، والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصى بحججات مفترقات إن كان يجاور الوارث أو الوصي بالمدينة حتى يقضيهن ، قال : لا يفعل ذلك فإن فعل فلا بأس .

وفي الأثر: إذا مات الحاج في طريق الحج فليسيروا عنه في ذلك الموضع الذي مات فيه ، وإن لم يفعلوا ذلك حتى ساروا يوماً أو يومين أو أقل من ذلك أو أكثر فليسيروا عنه من ذلك الموضع وليذكروا عليه من يسير من الموضع الذي مات فيه إلى الموضع الذي ساروا عنه منه ، وإن لم يجدوا فليسيروا عنه من الموضع الذي أعطوا منه الحج عليه إلى الموضع الذي مات فيه راجعاً ولا بأس بذلك ، وسواء في ذلك رجعوا من الطريق الأول أو غيره إذا تعذر الطريق .

مسألة :

قوله : لو حججت أو اعتمرت الخ ، يعني فنوى الحج أو العمرة من هناك فإن حجه صحيح إلا أنه غير كامل حيث لم يخرج على نيته ابتداء .
قوله : فليسيروا عنه ، يعني إذا أوصى .

مسألة :

وإنما ينبغي للورثة أن يدفعوا وصية حج وارثهم للمسلم الذي قد حج لنفسه قبل ذلك ولا يدفعونها لمن يحج لنفسه ، لأن بعض العلماء لم يجوزوا ذلك لقوله عليه السلام للذي سمعه يلبي عن الغير: (إن كنت حججت لنفسك وإلا فحج لنفسك ثم حج عن غيرك) ^(١) ، وبعض جَوَّز ذلك على معنى الإجارة ، وإن لم يجدوا مسلماً فليدفعوها لمن وجدوا من أهل الدعوة ممن يرجى فيه الصدق والأمانة ، وإن لم يجدوا إلا المخالفين فليدفعوها لمن لم يخافوا منه أن يأكلها ، ويحج الرجل عن الرجل ، والرجل عن المرأة ، والمرأة عن الرجل فيها قولان: بعض جَوَّز وبعض منع ، وذلك فيما يوجبہ النظر لأن المرأة ناقصة عن الرجل في بعض المناسك والله أعلم . ولا يحج الرجل إلا عن المتولى أو المتولاة ، ومن حج عن المنافق أو المنافقة ففيل : انه هالك ، لأنه إن أكلها ولم يحج عنه ولم يوص بها فقد هلك لأنه خان ، وإن حج بها ولبي له واستغفر له ، فقد هلك أيضاً والله أعلم . والوصي لا يصيب مثل ما يصيب من يحج لنفسه في إمطة الأذى أو الضحية إذا لم يجد فلا يصيب أن يصوم لها مثل من حج لنفسه لأنه أخذ بإجارة ، فعليه أن يأتي به كاملاً والله أعلم . وإن حضره الموت في الطريق قبل أن يحج فليوص لمن يحج

(١) تقدم ذكره في كتاب الحج .

قوله : فقد هلك من أجاز أن يحج عنه ، يقول : يلبي عنه ولا يستغفر فلا يهلك .

عن صاحب الوصية وإن لم يوص فعلى ورثته أن يردوا المال على ورثة الميت الأول وليس عليهم ذلك، وقال بعض : لا يردوا على الورثة شيئاً ولكن يدفعونها لمن يحج عنه ، وهذا القول على قول من جَوَّز للأجير أن يصرفها حيث شاء ويلزمه زكاة ذلك المال ويجب عليه أن يحج ، وإن مات قبل أن يحج فليوص به ولا يرد المال ، ومنهم من يقول : لا يصنع في المال شيئاً إلا مقدار عنه ، وقال بعض : ليس له في الوصية شيء حتى يحج لأن الحج لا يصح إلا بتمامه ، وقد ذكرنا هذا في بابه .

وفي الأثر : وإذا أخذ الوصي وصية الحج من الورثة فلا يردوها له إن طلب ذلك إليهم وإن ردوها فهم ضامنون حتى تصل ، ومنهم من يرخص أن يردوها له إذا طلب ذلك إليهم ما دام الشيء الذي أعطوه قائماً بعينه ، فإن هلك ما أعطوه ثم ردَّ لهم غير ذلك الشيء لا يردوها له ، والأصل في المسألة إنما لا يجوز لهم الرجوع لثلاث يدخل عليهم التضييع فيضمنوا ، والله أعلم . ولا ينبغي للعاقل أن يأخذ وصية غيره لأنه أجير لغيره ، وهو من الذين قيل فيهم : أنه لا يبارك في أرزاقهم .

وفي الأثر : والورثة إذا أرادوا أن يدفعوا وصية الحج فليقولوا له : هذه وصية فلان قد دفعناها لك على أن تحج عنه أن تحرم من الميقات وتقف بعرفات وتطوف طواف الواجب وتفعل في مناسكك كما يفعل المسلمون في مناسكهم وتجتنب فيه ما يجتنبون ، ومنهم من يقول : يقولون له هذه وصية فلان وارثنا قد دفعناها لك

قوله : فلا يردوها ، أي فلا يقبلوها منه .

على أن تحج عنه وتفعل في مناسكك مايفعله المسلمون في مناسكهم وتجنب
فيهم مايجتنب المسلمون ، ولايحتاجون إلى أن يقولوا له : أن تحرم من الميقات
وتقف بعرفات وتطوف طواف الواجب ، وإن دفعوها له على هذا الشرط فقبلها
فقد لزمه أن يأتي بها على حسبها ولايجوز له أن يضيعها لأنها أمانة في عنقه يسأل
عنها يوم القيامة ، ومن أخذ وصية الحج فلا يتمتع بالعمرة إلى الحج ولايقرنها إلا
إن أخذها على ذلك ، ومن أخذ وصية الحج فأحرم فانتقض عليه فإنه إن أصاب
في تلك السنة مايعيد فيه الإحرام ويتم حجه فليفعل : وإن لم يجد فليحج من
قابل ولايحتاج في ذلك إلى إذن الورثة لأن هذا عليه واجب . ومن أخذ وصية
الحج فتمتع بغير إذن الورثة ، منهم من يقول : يجزيه ، ومنهم من يقول :
لايجزيه ، وذلك فيما عندي لأنه فعل ما لم يؤمر به فخالف ، وعلى القول الأول
جائز كما للحبي ، والله أعلم . وإنما يلبي الوصي على الميت ولايلبي على نفسه ،
يقول : اللهم لييك على فلان بن فلانة ، وإن لم يعرف اسم أمه يقول : اللهم
لييك على فلان بن فلان ، وإن تشاكل عليه اسم أبويه جميعاً فليقل على فلان
هكذا ويعني الموصي . وإن تشاكل عليه اسم الموصي فليلب على صاحب
الوصية هكذا ويعنيه في نفسه ، وإن لبي على نفسه ولم يلب على الميت من بدء
احرامه إلى آخره فلا يجزيه للميت ويجزيه لنفسه ويعيد على الميت

قوله فإنه إن أصاب في تلك السنة الخ . هذا مخالف لما ذكره الشيخ إسماعيل رحمه الله من أنه
إذا فسد عليه حجه أتمه وأهدى بدنة وأعاده من قابل باجماع ، وهذا الذي ذكره المصنف رحمه الله
منقول من الديوان وهو غير ظاهر والله أعلم .

من قابل ، وإن لبي على الوصي أولاً في بدء احرامه ثم رجع فلبى على نفسه بالعمد أو الخطأ فقد أجزأته تلبيته الأولى على الميت والله أعلم .

وفي الأثر : ومن تطوع على الميت فنفذ وصاياه من ماله دون مال الميت من حج أو عمرة أو صدقة أو ما أشبه ذلك فقد أجزأ ذلك عن الميت والورثة والخليفة إذا لم يجعل نواه على أن يأخذ منهم فليعطوه مثل ما يعطي لغيره في الذي نفذ فيما بينه وبين الله ولا يدرك ذلك عليهم في الحكم ، ولا يجوز لخليفة الميت على وصية الحج أن يحج عنه بنفسه ويمسك الوصية إلا إن أمره الميت بذلك أو الورثة ، ومنهم من يقول : يجوز له ذلك لأنه في مقامه ، وأما الورثة فجائز لمن أراد منهم أن يحج على وارثهم ويمسك تلك الوصية لأنهم في مقام وارثهم فيجب عليهم إنفاذها ، وإن حج عنه أحدهم بنفسه فقد أجزأ عنه لقوله عليه السلام : (حين سألوه أنحج عن أبوين؟ قال نعم : حجوا عنهم)^(١) ، وإن حج عن الميت اثنان من الورثة فإنما ينظرون إلى من أحرم منهما أولاً فتصح له الوصية .

وفي الأثر : وإن أوصى ببستان أو ما أشبه فقال لورثته : من حج منكم عني فليأخذ هذا البستان أو غير البستان فذلك جائز ، فمن حج منهم عنه أخذه وإن تسارعوا إليه فليتفقوا فيما بينهم ، وإن اتفقوا على واحد منهم أن يحج عنه فجائز ، ويأخذ ذلك إن وسعه الثلث ، ولا يكون ذلك مثل الوصية ولكنه إجارة ولا ينظر فيه إلى عناءه حين وسعه الثلث ، والوصية بالعمرة مثل ما ذكرنا في وصية الحج في فرضها ومن تدفع له وفي المكان الذي تدفع منه وكيف يعطونها ومساومتها والشركة فيها والإعانة بها ، إلا أنها تقع في كل وقت ليست مثل الحج في ذلك ، والحج لا يقع إلا في أيامه ومشاهده والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

باب الوصية بالعتق

والوصية بالعتق جائزة ، أصلها سائر الوصايا ، وفي الأثر : وإذا أوصى لرجل بعشرين ديناراً للعتق فمات ، فوجد الورثة رقبة سالمة بعشرة دنانير فلا يعتقونها ولكن ليعتقوا رقبة سالمة يساوي ثمنها عشرين ديناراً من غير نقصان ، والفرق بين هذه المسألة ومسألة الوصية بعشرين ديناراً للحج الاختلاف الموجود بين رقبة تساوي عشرين ورقبة تساوي عشرة وليس كذلك الحج ، أعني الحج لا يختلف في نفسه لاختلاف الأجرة عليه من القلة والكثرة ، والله أعلم . وكذلك إن أوصى بعشرين ديناراً ليعتق بها عنه رقبة فلا يعتقوا عنه إلا رقبة يكون ثمنها عشرون بلا نقصان كما أوصى .

وفي الأثر : وإن أعتقوا بما دون ذلك ثم أعطوا البقية للمعتوق فلا بأس بذلك والله أعلم . وإن أوصى بعشرين ديناراً أن يعتق منهم عنه فما وجدوا به رقبة سالمة فيعتقونها عنه ويأكلون البقية لأنه إنما أوصى أن يعتق منهم ، ومن في كلام العرب تأتي للتبعض كما ذكرنا قبل هذا في باب الوصية بالحج والله أعلم . وإن أوصى أن يعتق عنه خادم له فلانة فمات فضيع الورثة ولم يعتقوها حتى ماتت فعليهم أن يعتقوا مثلها ، لأنهم ضيعوا فلزمهم مثلها لعله التضييع ، وإن حدث بها عيب لم يجزه العتق ، وقد يرجى برؤه ، فقد ذكر في الأثر : أن ينتظروها حتى تبرأ ، وأما العيب الذي كان معها في حياة الميت فيعتقوها معه ، وإن كان ممن لا يجزي في العتق فليس عليهم غير ذلك إذا كان فيها قبل الوصية لأن

الميت أمرهم بذلك ، وكذلك إن ماتت قبل موت الميت أو استحققت قبل موته أو بعد موته فليس عليهم عتق غيرها ، لأن الميت أمرهم أن يعتقوا مالا يملك في باب الاستحقاق ، وكذلك إن ماتت قبل موت الميت أو استحققت قبل موته أو بعد موته فليس عليهم عتق غيرها ، لأن الميت أمرهم أن يعتقوا مالا يملك في باب الاستحقاق ، وكذلك موتها قبل الميت ليس عليهم ضمان لأنهم لم يضيعوا ، والله أعلم . وإن أعتق تلك الخادم الوارث عن نفسه في دين كان عليه فعتقه إياها جائز ، وتجزى عنه في دينه ويكون عليه ضمان الوصية أن يعتق رقبة مثلها سالمة ويكون ولاؤها للورثة وولاء الأولى له دونهم ، فهذا لأن الخادم ما لم يعتقوها عن الميت لهم وإنما عليهم ان يفعلوا ما أمروا ، وليس موت الميت مما تعتق به ، ولكن عليهم ان يعتقوها كما أمروا بعد موته ، فإن لم يفعلوا لم يمثلوا ما أمروا به ولا تخرج حرة إلا إن اعتقوها كما ذكرنا ، فإن قال قائل : فعلى هذا المعنى إذا باعها أو وهبها فبيعه وهبته جائزة وعليه ضمان الوصية ، قيل له : نعم ، ولكن عليه ان يطلبها حتى يشتريها فيعتقها عن الميت ، وإن اعتقت في يد الآخر أو ماتت أو حدث بها عيب لم يجزه العتق فيعتق مكانها أخرى ، وإن هربت منه أو غصبت فليطلبها ويتنظر قدومها ويعتقها ، وإن هلك بالموت أو حدث فيها العيب الذي ذكرناه فليعتق غيرها ، وإن أعتقها هناك فعتقه جائز ، ولكن إذا دخلت يده قبل موتها أجزأت عنه ، وإن ماتت هناك

قوله : إذ باعها أو وهبها ، أي الوارث .

فيعتق غيرها ، لأن عتق الأبق أو المغصوب لايجزي عن الدين كما لايجوز بيعه والتصرف فيه ، وإن رجعت إليه وقد حدث فيها عيب لم يجز معه العتق أجزأت عنه إذا كان حدوث العيب بعد العتق والله أعلم . وإن أوصى بعشرين ديناراً أن يعتق بها عنه عبد فلان وهو معروف فليعتقوه عنه مع العيب الذي كان فيه في حياة الميت وإن كان ممن لايجزي في العتق ، وإن كان العيب بعد موت الموصي فلينتظروا برأه ، وإن كان ممن لايرأ فليعتقوا غيره . وإن مات العبد قبل موت الموصي أو خرج حراً فليعتقوا غيره ، لأن الوصية في هذه المسألة إنما وقعت على الدنانير ثم أمرهم بعد ذلك أن يعتقوا بها عنه عبد فلان فلا تبطل الوصية لموت العبد ولا لغير ذلك من الوجوه ، وإن غاب العبد ثم جاءهم خبر موته كما يموت غيره من الغياب في ظاهر الاحكام فليعتقوا غيره ، وإن قدم بعد ما أعتقوا غيره فلا شيء عليهم لأنهم لم يضيعوا وعملوا بالعلم ماعلموا ، ومنهم من يقول : عليهم أن يعتقوه وإن أعتقوا الأول ، فهذا منهم يدل على أن الخطأ لايزيل الضمان وإنما يحط الاثم لاغير ، وعلى القول الأول حين أمروا بعتق غيره ففعلوا ما أمروا به صح فعلهم ، لأنهم كيف يؤمرون بفعل يكون إن لم يمثلوا عصوا ، وإن امتثلوا لم يخرجوا من الوجوب فصح الفعل لوجوب الامر والله أعلم . وكذلك على هذا الاختلاف جميع ما أوصى به الميت إذا كان معيناً لوجه كذا وكذا من وصيته إذا تلفت من غير تضييع من الورثة ثم وجدته بعد ما أنفذوا

قوله : لايجزي عن الدين ، يعني لايتيقن فيه براءة الذمة .
قوله : لوجوب الأمر ، في نسخة لوجود ، أي لوجوب امتثال الأمر .

الوصية من غيره والله أعلم . وكذلك إن اشترى الورثة الخادم التي أوصى بها الميت وهي ذات رحم محرم من الميت بالنسب فلا تخرج بالميت بعد موته وتجزى عنه في العتق ، وأما إن كانت ذات رحم محرم من أحد الورثة بالنسب فإنها تخرج حرة مع الشراء ولا تجزي عن الميت ويكون ضمانها على الذي خرجت به ، سواء اشتراها بنفسه أو اشتراها غيره من الورثة أو الخليفة فإنما تخرج حرة به فيلزمه ضمانها ، ولا تخرج حرة إذا كانت ذات رحم محرم بالنسب من الخليفة إذا كان من غير الورثة ، ولكن إذا أراد الورثة أن يعتقوها عن الميت وهي ذات رحم محرم بالنسب من أحدهم فليطلبوا مولاهم أن يعتقها عن الميت ثم يعطوه ثمنها بعد ذلك ، فإن أبى عليهم فينبون شراءهم فيها هو عتقها عن الميت فتخرج عن الميت في وصيته والله أعلم . وإن اشترى هذه الخادم التي أوصى بها الميت واحد من الورثة ثم اعتقها في دين كان عليه هو لنفسه أجزأ عنه ويكون عليه ضمان الوصية لأنها ماله ما لم يعتقها وما ولدت بعد شرائه إياها وقبل عتقه لها فهم له عبيد ، وإذا تسراها فيثبت نسب أولادها معها ، وبالجملية فهي له ما لم يعتقها عن الميت والله أعلم . وإن أوصى الميت بعتق رقبة ولم يسم شيئاً فأعتق الخليفة من الخدام التي ترك الميت فعتقه جائز عن الورثة ولو كانت كثيرة الثمن ما لم يجاوز الثلث ، وما جاوز الثلث فهو له ضامن ويكون عتقه جائزاً ، وكذلك عليه ضمان غيرها من وصايا الميت فيما يقابل ثلث ماله منها ولكن لا يجوز للخليفة أن يعتمد ضرر الورثة لغير حاجة ، وإن اعتق الخليفة من خدام الورثة وليست من الخدام التي تركها الميت لم يجز عتقه إياها لأنه لم يستخلف على غير

ماتركه الميت ، وإن أعتق الخليفة الطفل عن الميت كان عليه نفقته حتى يبلغ دون الورثة لأنه لم يؤمر بذلك ، وإن كان الميت هو الذي أوصى بعتقه كانت نفقته على الورثة دون الخليفة ، وما أعتقه الميت في مرضه ففيه اختلاف بين العلماء ، قال بعضهم : هو من الثلث ، وذلك عندهم لأن المريض كالمحجور عليه ماله فلا يجوز له فيه غير الثلث فيكون عتقه من الثلث ، وقال آخرون : هو من جميع المال إذا كان عتقه في حياته ، وكذلك أيضاً إن أمر رجلاً أن يعتق عبده في صحة منه ولم يعتقه المأمور إلا بعد ما مرض الأمر ، وكذلك أيضاً إن علّق عتق عبيده إلى وقت معلوم أو إلى مشيئة فلان أو إلى قدوم فلان ، فكان ذلك في مرض السيد فقد خرج العبيد أحراراً ويستسعون بما فوق الثلث على قول من جعل العتق من الثلث أعني عتق المريض ، وإن أعتقه في مرضه وقد أحاطت الديون بهاله فإنه قد ذكر في هذه المسألة أبو عبدالله في كتابه أو ما هو في معناها عن بعضهم أن العتق ماضٍ ويسعى بثلاثي قيمته للغرماء وهو قول موسى بن علي . وقال بعضهم : العتق باطل لأن العبد مستحق للدين . وهذا هو القول عندنا لأن الدين فرض والوصية تطوع ، والذي يعجبني في هذا قوله من قال : يسعى بقيمته للغرماء لما فيه من الاحتياط بين العتق ودين الغرماء والله أعلم . وقد ذكر أيضاً أبو عبدالله محمد بن بركة في كتابه : وأجمعوا أنه لو أعتقه في صحته وعليه دين يحيط بشمن العبد أن العتق ماضٍ لأن الدين في حال الصحة متعلق بالذمة ، وإذا زالت الذمة

قوله : والذي يعجبني الخ ، هذا هو الذي جزم به في الديوان ، ثم قال : وقيل غير ذلك .

انتقل إلى التركة ، وأجمعوا أنه لو أعتقه وقد حكم عليه الحاكم بالدين للغرماء وحجر عليه الحاكم ماله أن عتقه باطل ، واختلفوا فيه إذا أعتقه وقد حكم عليه بالدين وليس في ماله وفاء بما عليه وأعتقه قبل الحجر ، قال بعضهم : عتقه ماض ما لم يحجر عليه الحاكم ، وقال بعضهم : عتقه باطل ، والنظر يوجب عتقه ما لم يحجر عليه الحاكم لأن له التصرف في ماله وإخراجه من يده قبل الحجر والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصى أن تعتق عليه رقبة في منزل معلوم فجائز ويعتقونها عليه في ذلك المنزل ، وكذلك إن أوصى بجنس معلوم أن يعتقه عليه على هذا الحال ، فإن أعتقوا عليه من غير ذلك الجنس أو في غير ذلك المنزل فجائز ، ومنهم من يقول : إن أعتقوا من غير ذلك الجنس فلا تجزيهم ، وهذا القول عندي أصح غير أن بني آدم كلهم جنس واحد والله أعلم .

وفي الأثر : وإن أوصى بعتق هذا العبد فمات فقد خرج حراً ولو لم يعتقه الورثة ، ومنهم من يقول : لا يعتق حتى يعتقه الورثة . وأما إن أوصى أن يعتق عليه هذا العبد فلا يعتق حتى يعتقه ، وإن ضيعوه أو لم يعتقه حتى مات فهم ضامنون لقيمتهم إن وسعه الثلث ، وإن كانت أمة فولدت قبل أن يعتقوها فولدها عبد ، وأحكامها أحكام الأمة ما لم يعتقوها وغلاتها كلها لهم وعليهم جناء ما يلزمها فيما دون قيمتها وأفعالهم فيها كلها في كل ما لم يخرجها من الملك جائزة لهم مثل التزويج والظهار عليها والطلاق والتسري والعارية أو الخدمة ، فإن استمسكت بهم على أن يعتقوها فلا يجبرهم الحاكم على ذلك ، ومنهم من يقول :

يجبرهم ، وذلك فيما يوجبه لتعلق حق الأمة في ذلك ، وعلى القول الأول يلزمهم فيما بينهم وبين الله كسائر الفرائض فلا جبر عليهم ، ولكن يؤمرون بذلك والله أعلم . وإن أوصى لعبده بالمال فليس في ذلك شيء على قول بعضهم لأنه بعد موته للورثة ولا وصية لوارث ، ومنهم من يقول : ذلك جائز ، وإن كان ما أوصى به قدر قيمته فقد خرج حراً وإن كان أقل من قيمته فقد عتق أيضاً ويستسعي بما بقي من قيمته ، وجعلوا ذلك بمنزلة من أوصى له بنفسه لأنه ماله والله أعلم . وإن أوصى بعتق رقبة قد كان له فيها نصيب فلا يعتقها الورثة إلا إن ملكوها كلها وإن لم يجدها فليشتروها لأن ذلك فساد الأموال ودخول المضرة على الشركاء ، ومن فعل ذلك متعمداً فقد عصى ربه وضمن لشركائه قيمة أنصباؤهم كما قال عليه السلام : (من أعتق شقصاً في عبد قوم عليه) ^(١) والله أعلم .

وفي الأثر : وإن كان عنده عبد وأمة فأوصى بعتق واحد من عبيده فليعتقوا عنه من أرادوا منها ، وإن قال : أعتقت واحداً من عبيدي ولم يسمه فقد خرجا أحراراً ويستسعيان ، لعله أراد بقيمة كل واحد منهما .

وفي الأثر : ومن مات وترك أم ولده وقد ترك معها ولداً فإن فيها أقاويل ؛ من العلماء من يقول : خرجت حرة من جميع المال ، ومنهم من يقول : خرجت من الثلث ، ومنهم من يقول : خرجت من نصيب ابنها ولا يضمن أكثر من نصيبه

قوله : ذلك جائز ، الظاهر أن هذا مبني على القول بأن الوصية للعبد يملكها العبد وليست للسيد .
قوله : لعله أراد ، الظاهر أنه أراد لنصف قيمتها ، لأنه قد يكون بينهما التفاوت كما هو ظاهر والله أعلم
قوله خرجت من الثلث ، ينظر ما الحكم إذا لم يسعها الثلث .

(١) تقدم ذكره .

من الميراث ، ومنهم من يقول : يضمن أكثر من نصيبه للورثة ، ومنهم من يقول : تستسعى بقيمتها للورثة إلا ما ينوب ابنها ، ومنهم من يقول : يأخذ غيره من الورثة من المال ما ينوبهم من قيمتها ويقتسمون القيمة ، وقد اتفقوا جميعاً أنها حرة . لكن اختلافهم هل هي حرة من جميع المال أو من الثلث؟ أو هل يضمن من خرجت به للورثة أولاً؟ والذي يوجب النظر أن من قال : إنها حرة من جميع المال يؤول إلى قول من قال : إن أم الولد حرة لأنها لا تباع لورود النهي في ذلك ، ومن قال : حرة من الثلث ، فلأنها عتق بعد الموت أصله سائر الوصايا ، ومن قال : بتضمين ابنها للورثة ، فلأنها خرجت بسببه ، ومن قال : تستسعى بقيمتها للورثة ، فلأن ابنها لم يكن منه فعل يجب عليه فيه ضمان والله أعلم .

قوله ان أم الولد حرة الخ ، المناسب اسقاط قوله حرة ، فيقول مثلاً : ان أم الولد لا تباع الخ

فصل

وإذا دبر الرجل عبده إلى موته أو إلى موت عبده أو موت غيرهم فهو تدبير جائز، وفي كتاب أبي عبد الله: واختلفوا في التدبير في حال الصحة، فقال أكثرهم: التدبير في الصحة من رأس المال، والتدبير في المرض من ثلث المال، وقال آخرون: تدبير الصحة والمرض من الثلث، وهذا أنظر لأن العتق يقع بالموت، ألا ترى أن الوصية في الصحة والمرض ترجع إلى الثلث والعتق مثله والله أعلم؛ ولا يجوز بيع المدبر ولا هبته، وفي كتاب أبي عبد الله أيضاً: اختلف أصحابنا في بيع المدبر، قال بعضهم: جائز في العتق وثبوت الرق عليه، والتدبير عتق بصفة ما لم تقع الصفة، فالرق ثابت والبيع جائز، وقال آخرون: لا يجوز بيع إلا للعتق ويجوز بيعه عند هؤلاء في الدين ويكون في المصر الذي يكون فيه المدبر عليه، وقال بعضهم: لا يجوز بيع المدبر على كل حال لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وهذا عقد عقده المدبر على نفسه وفيه حقان: أحدهما للمدبر، والآخر لله تبارك وتعالى، والصحيح لا يجوز بيع المدبر لأنه بيع غرر ولأنه

فصل

قوله أو إلى موت، ذلك يعني فلا يجد إلى بيعه سبيلاً، ويجعل مع الأحرار عند المصلي مثلاً، وانظر هل له في هذا التدبير أجر.
قوله: لأنه بيع غرر الخ، هذا ظاهر إذا لم يكن لتنجيز العتق وهو الظاهر، أما في المنع من الضرر بالعبد في هذه الصورة والله أعلم.

(١) تقدم ذكره.

لا يدر كم يعيش هذا الذي دبره إلا إن باع خدمته من نفسه فإنه ليس بين العبد وسيده رباً ، والأمة إذا دبرها سيدها وهي حاملة فهي مدبرة مع ما في بطنها لأنه تبع لأمه ولو وضعته قبل موته ، وما ولدته بعد ذلك فهو عبد إلا ما كان في بطنها عند وقوع العتق فهو حر مثلها ، وإن دبرها قبل موته بمدة معلومة أو قبل موتها هي أو قبل موت غيرهما من الناس فهو جائز ، وكذلك إن دبرها بعد موته بمدة معلومة أو بعد موتها أو بعد موت رجل آخر غيرهما ، وكذلك إن دبرها إلى موته أو إلى موتها أو إلى موت رجل آخر غيرهما فجائز ، لأن التدبير عتق بصفة ، وأصله أن يكون دبر الحياة ، والذي قلنا في جميع ما ذكرناه قبل الموت أو بعد الموت لمدة معلومة ، وأما إن دبرها قبل موته أو قبل موتها أو قبل موت غيرهما لغير مدة خرجت حرة عند تمام كلامه ، وكذلك إن دبرها بعد موته أو بعد موتها ، وكذلك إن دبرها بعد موته بلا مدة والله أعلم . وحكم المدبرة حكم الأمة ما لم تخرج بالتدبير.

وفي الأثر: قلت لأبي المؤرج: هل يطاء الرجل مدبرته؟ قال: لا بأس بذلك ، وقال: وكذلك حدثني وائل ومحبوب عن الربيع وأخبرني أبو غسان أنه لا بأس أن يطاء الرجل مدبرته ، وقال ابن عبدالعزيز: ليس بين الفقهاء ممن خالفناه ووافقناه في هذا اختلاف ، إنما اختلاف منا ومنهم في وطء مكاتبته هم يوسعون له ذلك ويميزونه له لأنها عندهم أمة ، وكذلك المدبرة أيضاً هي عندهم أمة كما هي عندنا يجوز له وطؤها ، وقلنا نحن: لا يجوز له وطء مكاتبته ويجوز له وطء مدبرته ، لأن مدبرته أمة ولأن المكاتبه حرة لا يجوز له وطؤها ، ولا يجوز لأحد الرجوع في

قوله : بعد موته ، أي إلى موته .

مدبرته لأنه عتق بصفة لايجوز الرجوع فيه ، وفي بعض الآثار: سألت أبا المؤرج عن رجل قال : إن مت في مرضي هذا فغلامي حر لوجه الله ، قال : لم يرجع فيه إن شاء ، قال ابن عبدالعزيز: ليس هو مثل إن مت فغلامي حر لأنه لا يستطيع أن يرد هذا ، وأما إن قال : إن مت في مرضي فلم يمت في مرضه فهو غلامه يرجع في ماله ، قلت : فالمدبرة تلد في تدبيرها ، قال أبو المؤرج : حدثني أبو عبيدة أن كل ما ولدت المدبرة في حياة سيدها الذي دبرها فهم عبيد ، وما ولدت بعد موته فهم أحرار ، لأنها إنما ولدتهم بعدما خرجت حرة ، وكذلك قال عبدالله : وروي إلى محبوب عن الربيع ليس بينهم في ذلك اختلاف ، قلت لابن عبدالعزيز : هؤلاء يقولون ويروون عن فقائهم أن أولاد المدبرة يرقون برقها ، ويعتقون بعثتها ، قال لي : فمتى يجب للمدبرة عتق ؟ قلت : بعد موت سيدها ، قال : أليس هي أمة ما لم يمت سيدها ؟ قلت : بلى : فأولادها قبل أن يجب لها عتق ما منزلتهم ؟ قلت : يرقون برقها ، فإذا مات سيدها يعتقون بعثتها ، قال : كيف يكون ذلك وما لم يدبرهم المولى ولم يجعل ذلك لهم كما جعله لأمهم ، وإنما قال للأمة : إذا مت فانت حرة ، فتجعل هذا القول منه تدبيراً لولدها وهو لم يفعل ذلك لهم ليس هذا من قول أحد يفعل ، قلت له : مثل لي قولكم في المدبرة مثلاً أحتذي عليه وأقوى به وفرقه لي فرقاً حسناً واضحاً ، وقس لي ما فيه قياساً بيناً ، قال : نعم ، قد كفانا ذلك الشيخ أبو عبيدة ، قلت : وقد قال في ذلك قولاً ، وقد قاس فيه قياساً بيناً واضحاً ، قال : نعم : قلت : وماهو ؟ قال : سألهم عن رجل جعل نخلاً له بعد

موته في سبيل الله ، هل له أن يأكل من رطبها وبسرهما ويبيع منها ويهب منها في حياته ويغرس من فسيلها في أرض أخرى؟ قلت : وما عسى أن يقولوا إلا أن له ذلك ، قال : فإذا قالوا ذلك فما الذي بقي في أيديهم؟ كذلك إن قلنا أن كل ما ولدت المدبرة فيهم بيد له يستخدم ويبيع ويهب ، فإذا مات فالأم التي جعل لها ذلك حرة ، وما بقي من ولدها فهم له كما للرجل الذي جعل نخلاً بعد موته في سبيل الله ، يأكل من رطبها وبسرهما وثمرها والانتفاع بها في حياته والغرس منها في أرضه ، فإن مات وقد أعهد من ذلك مالاً فهو لورثته ، والنخل في سبيل الله كما جعلها ، قلت : قد أوضح المسألة وأغاص في الطلب ، سألت أبا المؤرج عن المدبرة هل تباع؟ قال : نعم إن شاء باعها ، وكذلك قال لي وائل ومحبوب ، ولا أدري أرفعها إلى الربيع أم رأي منهما ، ولا أدري أرفع ذلك أبو المؤرج إلى أبي عبيدة في بيع خدمة المدبرة أم رأي منه ، قال ابن عبد العزيز : لا تأخذ هذا من قولهم رفعوه إلى من ذكرته أم لم يرفعوه ، لأن هذا من الغرر ، لا ندري كم يعيش هذا الذي دبره أيطول أم يقصر ولا يجوز الغرر ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر ، قال ابن عبد العزيز إن شاء باع خدمته من نفسه فإنه ليس بين العبد والسيد رباً لأنه عبده ، فلا ربا بين العبد وبين مولاه إن شاء آجره شهراً بشهر أو يوماً بيوم أو سنة بسنة ، قلت لأبي المؤرج : فالرجل يدبر مملوكه هل له أن ي كاتبه؟ قال : نعم إن شاء ، قال ابن عبد العزيز : إن فعل ذلك و كاتبه ، فإذا مات قبل موت السيد فهو حر ، وإن مات السيد قبل أن يؤدي كتابته فهو حر لتدبيره إياه قلت لابن عبد العزيز فالرجل ي كاتب غلامه ثم يدبره ، قال : ما

قوله : فهو حر ، أي هو حر ، أدى أو لم يؤد .

أحسبك تعقل ما أقول لك ، قلت : لم ؟ قال : ألم أقل لك إن المسألة الواحدة من قولنا في المكاتبه تدلك على ماسواها من المسائل ، وعلمتك أن المكاتب عندنا في جميع حالاته حر ليس تدبيره بعد المكاتبه بشيء ، وهو رجل حر يطالب بها عليه من المكاتبه كما يطلب الغريم غريمه ولا تدبير هاهنا ، ولكن أحسبك رجلاً رويت فقه المخالفين لنا في المكاتبه وعرفت أقاويلهم في جميع ما فعل المكاتب فيه عبداً فأنت تدخل علينا مسائلهم لنجيبك بالذي عرفت من قولهم ، وإن دبرها قبل موته أو قبل موتها فلا يجوز له أن يتسراها لئلا يطأها بعدما خرجت حرة وهو لا يشعر ، وكذلك أيضاً إن دبرها قبل موته بأجل مسمى فعليه أن يوصي لها بقيمة خدمتها إلى ذلك الأجل لعله الذي استخدمها فيه ، وإن قتلت وعاش مولاهها حتى جاوز الأجل الذي سمي لتدبيرها فيكون حكمها حكم الأمة ، وإن مات قبل تمامه فيكون حكمها حكم الحرير فيقتل بها قاتلها إن قتلها عمداً ، وكذلك جميع أحكامها في الجراحات والقتل والقذف وما أشبه ذلك مما يختلف فيه حكم الحرة والأمة ، والله أعلم .

وفي الأثر: وإذا دبر الرجل عبده ثم قُتل العبد فأخذ مولاه قيمته فليشتر بها غيره فيدبره بها ، وإذا اشترى مثله فدبره مكانه فبقي من ثمنه فيدبر به غيره ، ومنهم من يرخص : أن يأكله ، وقيل غير ذلك من الرخصة ، فهذا يدل من قولهم أن قيمته بمنزلته كما كانت العين مدبرة ، فكذلك قيمتها قياساً عليها كما جاء في

قوله : عرفت من قولهم ، يعني مع أنا لانجيبك إلا بها عليه أهل مذهبتنا .

الحديث (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهما فباعوها وأكلوا أثمانها)^(١) ، وقاس الثمن على المثلن ، غير أن لقائل أن يقول : ان الشحوم محرمة العين ، فلذلك ساغ فيها ذلك ، والمدبر حلال خدمته لأنه عبد ما لم يقع العتق بصفة فكانت قيمته مقابلة لخدمته ، لأنه إنما يقوم على أنه مدبر ، وهذا فرق بين لمن تدبره ، والله أعلم . وكذلك أيضاً إن قطع عضو من أعضائه فأخذ قيمته فليدبر بها غيره ولا يأكلها ، ورخص بعضهم في أكلها ، وأما قيمة الجروح فإنه يأكلها فلا بأس والله أعلم . والعبد المدبر إذا قُتل مولاه الذي دبره فإنه يخرج حراً ويقتله الورثة إذا أرادوا ، وقال بعضهم : بإبطال التدبير إذا وقع القتل من قبله قياساً على قاتل وليه ليرثه إن ماله يحرم عليه ، وكذلك الموصى له إذا قتل الموصي على هذا الاختلاف ، أعني هل تبطل الوصية أم لا ؟ والله أعلم . وإذا كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فدبروه إلى موتهم جميعاً ، فلا يخرج حراً حتى يموت الآخر منهم لأنه مدبر لموتهم جميعاً ، وإن دبره كل واحد منهم بصفة خاصة فليخرج حراً عند موت الأول منهم ، والله أعلم .

قوله : مقابل لخدمته ، هذا ظاهر إذا كان الأجل معلوماً ، وأما إذا كان إلى الموت فينتظر كيف تقوم خدمته ، وأما الذات فلا تصرف له فيها .

قوله : على أنه مدبر ، يعنى وقيمته حيثئذ ناقصة مغايرة والله أعلم .

(١) تقدم ذكره .

مسألة في صفة التدبير

والتدبير أن يقول الرجل لعبده: أنت مدبر في حياتي حراً بعد موتي، فيكون حراً على هذا الحال بعد الموت، وكذلك إن قال له: أنت مدبر هكذا إلى وقت كذا، فذلك كله تدبير، ويكون التدبير قبل الموت إلى أجل معلوم، ويكون بعد الموت أيضاً إلى أجل معلوم، ويكون أيضاً مع الموت، والله أعلم. والتدبير عند العلماء في الرقيق كلهم صغيرهم وكبيرهم، موحدهم ومشركهم، ولا يجوز التدبير إلا لمن يجوز له العتق، ولا يجوز له في رقبة له فيها شريك إلا بإذن الشريك لأنه ضرر، والتدبير يكون في الصحة والمرض جميعاً مادام الإنسان عاقلاً، ويكون إلى أجل وإلى موت كل ذي روح من بني آدم أو غيرهم مثل الأشجار والنبات وما أشبه ذلك مما تنسب إليه الحياة في مجاز اللغة وليس بحقي في الحقيقة، وفي ذلك اختلاف، فمنهم من يقول: إن التدبير معلق إلى موت هؤلاء كلهم على ما جوزه اللغة، ومنهم من يقول: هو حر في حينه ذلك وإن دبره إلى أوقات مجهولات، مثل مجيء المطر أو الرياح أو ما أشبه ذلك، فقد خرج حراً إذا جاء المطر أو الريح علم به أو لم يعلم، وإن علق التدبير إلى أوقات قد مضت أو إلى موت من قد مات فهو حر في ذلك، وإن دبره إلى الصيف أو إلى الشتاء أو إلى الحرث أو إلى الحصاد فجائز، وإن دبره إلى قدوم المسافرين أو إلى ولادة المرأة فجائز، وإن لم يقدم المسافرون أو سقطت المرأة فلم تلد فلا يخرج حراً، والإمارة في التدبير جائزة، وإذا قال الرجل لعبده أوصيت لك بنفسك فذلك جائز ويخرج عند موته، وإن قال: وهبت لك نفسك فيخرج من ساعته.

محتويات الجزء الثامن من كتاب الإيضاح

الصفحة	الموضوع
٣	باب في الشفعة
٥	باب في معرفة المشفوع فيه
٧	باب في معرفة الشافع
٢٢	باب في معرفة المشفوع عليه
٢٦	باب في صفة أخذ الشفعة
٤٠	باب كم يأخذ الشفيع من الشفعة
٤٦	فصل : وأما إذا كان المشفوع عليه ثلاثة أو أكثر
٤٧	باب متى يأخذ الشفيع الشفعة ومتى تفوته ولا يأخذها
٥٢	فصل : وإن سلم الشفيع للمشتري الشفعة
٥٧	باب في أحكام الشفعة
٧٠	باب في دعاوي الشفيع والمشتري واختلافهما
٧٣	باب في الهبة
٨٤	فصل : وأما الهدية بين الناس فجائزة ومندوب إليها
	فصل : وفي كتاب أبي عبد الله : واختلف أصحابنا في مال
٩٢	الولد
١٠٤	فصل : ثم إن الهبة أيضا تنقسم قسمين
١١٤	باب في الوصايا

تابع محتويات الجزء الثامن من كتاب الإيضاح

الموضوع	الصفحة
باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز	١٢٣
باب ماتجوز به الوصية	١٢٨
باب من تجوز له الوصية ومن لا تجوز	١٣٣
باب في أنواع الوصايا	١٣٧
باب الوصية التي تخرج من الكل والتي تخرج من الثلث	١٥٨
باب الوصية بالاتصال والانتقال	١٦٠
باب في وصية الاحتياط	١٦٦
باب آخر	١٦٨
باب الوصية في الأجر وفي سبيل الله	١٧٧
باب الوصية بالحج والعمرة	١٨٢
مسألة : وإن أوصى بكذا وكذا لمن يحج منهم	١٨٦
مسألة : وفي الأثر : وإنما يدفع الورثة أو الخليفة وصية الحج	١٨٧
مسألة : وإنما ينبغي للورثة أن يدفعوا وصية حج وارثهم	١٨٩
باب الوصية بالعتق	١٩٣
فصل وإذا دبر الرجل عبده إلى موته أو إلى موت عبده	٢٠١
مسألة : في صفة التدبير	٢٠٧

تم بحمد الله

رقم الإيداع : ٩٦ / ٢٨

حقوق الطبع محفوظة
لوزارة التراث القومي والثقافة

طبع بالمطبعة النصرية ومكتبتها

